

# 勾留・証拠・再審

清水 晴 生

## 第1節 勾留について

- 1 勾留
- 2 保釈
- 3 勾留理由開示と弁護人の立会い

## 第2節 伝聞証拠と伝聞法則

- 1 証拠調べの公平さ保障としての伝聞法則
- 2 伝聞・非伝聞
- 3 検面調書
- 4 証言拒否

## 第3節 違法証拠類型と違法阻却

- 1 「令状主義の精神を没却するような重大な違法」と比例原則
- 2 比例原則の機能不全
- 3 違法阻却審査
  - (1) 緊急性
  - (2) 具体的な証拠隠滅行為や証拠散逸の事態への対抗（具体的必要性）
  - (3) 遵法意図
  - (4) 補充性
  - (5) 比例性・法益権衡
- 4 取調べにおける違法証拠類型
  - (1) 約束による自白類型
  - (2) 偽計による自白類型
  - (3) 長時間・長期間に互る取調べ類型
  - (4) 深夜に互る取調べ類型
  - (5) ミラダ警告不実施（黙秘権・弁護人依頼権不告知）類型
- 5 捜索・所持品検査における違法証拠類型
  - (1) 令状主義違反類型
  - (2) プライバシー権侵害類型
- 6 結語

#### 第4節 再審請求の三要件

- 1 はじめに
- 2 判例の検討
  - (1) 国税徴収法違反事件
  - (2) DV事件
  - (3) 大崎事件第1次再審請求
  - (4) 日産サニー事件
  - (5) 姫路郵便局強盗事件
  - (6) 松橋事件
  - (7) 布川事件第二次再審請求
  - (8) 財田川事件
  - (9) 白鳥事件
- 3 私見
- 4 結語

#### 第1節 勾留について

##### 1 勾留

勾留<sup>(1)</sup>とは、逮捕<sup>(2)</sup>された状態（＝「留置」。205条1項）の更なる継続であり、10日以内に起訴するかを決しうることが見込まれるときに初めて認められる（208条1項）。これが見込めないときは、始めから「やむを得ない事由がある」（208条2項）ことを見込んでの勾留請求ということになるが、「やむを得ない」というのは差し迫った事情を指すのであり、10日も前から差し迫るということとはありえないのであるから、始めから勾留延長を見込んでの勾留請求は208条1項に違反しているといわざるをえない。

逆にいえば、10日以内に起訴するかを決しうることが見込まれるほど捜査を尽くした段階に至って初めて勾留請求ができるのであり、逆算すれば、令状逮捕における「相当な理由」（199条2項本文）もまた、13日間て起訴を決しうることが見込まれるだけの「相当な理由（嫌疑）」である

---

(1) 勾留の要件に関する最近の重要判例として、最高裁第一小法廷平成26年11月17日決定判例時報2245号129頁、判例タイムズ1409号129頁参照。また最高裁第二小法廷平成27年10月22日決定裁判所時報1638号2頁も参照。

(2) 逮捕とは、逃亡防止・証拠隠滅防止のための身柄の確保である（刑事訴訟規則143条の3）。「相当な理由（嫌疑）」がある（199条2項本文）ことが必要だが、勾留・起訴にはまだ足りない理由・嫌疑でよい。

ことが求められることになる。他方で、現行犯（213条）逮捕の場合では、それだけの「相当な理由（嫌疑）」はすでに備わっているということになる。

「やむを得ない事由」（208条2項）による延長がいわば事後的にしか許されない以上、208条1項上の勾留10日間、逮捕と併せて13日間というほぼ半月に互る期限こそが、無罪推定（336条）を受ける被疑者の権利保障に対する捜査の必要による制約・侵害の限界である。これが1条の法の両目的を勘案・衡量した上での法の帰結であり、線引きである。

そうすると、208条2項の「やむを得ない事由がある」という意味は、勾留請求段階では想定することが不可能だった事情変更が生じたことが必要条件となる。このように解さなければ、法がわざわざ原則10日間と勾留期限を画した意味がないことになる。「やむを得ない」という法的文言は補充的ないし少なくとも必要最低限を意味すると解するほかないのであるから、やむを得なかったといえるためには想定不可能だった、不可避の事情変更が生じたということが当然前提とされなければならない。

そしてそうであるならば、勾留延長が請求され、その許否を決する際にも、想定不可能であった事情変更について具体的な言及がなされ、これに対して判断が尽くされなければならないのはもちろんであるところ、勾留請求段階においても、10日間でどのような詰め捜査を行う予定であるのか、その取調べ対象の範囲について一定の幅はあるとしても可能な限り具体的に特定しなければならないし、特定できる段階にそもそもなくてはならない。10日という原則の期限が法が許した身柄拘束期間の限界なのであるから、勾留請求はこのように具体的な捜査予定を踏まえて初めて10日以内に起訴不起訴を決しうる前提での請求であることが確認され、だからこそ勾留が許される余地があるのである。従って、逮捕・勾留の理由についても抽象的に「身上関係に照らし」ただけでは足りずその疑いの程度まで理由を付することが求められる<sup>(3)</sup>のと同様に、逮捕の必要性（199条2

(3) 最高裁第一小法廷平成26年11月17日決定判例時報2245号129頁。

項但書、刑事訴訟規則143条の3)や勾留の必要性(205条1項、60条1項)についても、証拠が多いとか時間がかかるといった抽象的な理由で認めることは許されず<sup>(4)</sup>、具体的に特定された内容に基づいて認定されるのでなければならない。

## 2 保釈

勾留延長を原則的に認め、あるいは保釈<sup>(5)</sup>を容易に認めない運用は、被疑者・被告人を今なお訴訟の客体と見る訴訟観の表れであり、この点を検察官・裁判官は再度顧みるべきである。弁護人は当該被疑者・被告人の専任の弁護人ではない。被疑者・被告人自身の防禦権を完全に剥奪する運用は、憲法32条の「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」という人権保障に違反する。憲法31条の「法律の定める手続」が適正手続であるとき、憲法32条で奪われることがないと保障されているところの「裁判所において」の「裁判」というのも、「裁判所」の名に値する適正な刑事司法手続が行われるところの、実質的な意味における「裁判所」の裁判であり、単なる名目的・形式的な意味での「裁判所」ではないということになる。現行憲法下でのこのような実質的な意味を持つ「裁判所」において行われるところの刑事「裁判」というのは、当事者主義が原則的に保障されている刑事裁判であることには疑いがない。そうであるとすれば、弁護人に頼る以外、被疑者・被告人自身による防禦権の行使が全面的に制約されるような刑事手続は憲法31条のみならず、憲法32条にも違反するものといわなければならない。まして物量的にも、質的にも及ばない被疑者・被告人側の防禦をより多く制限するというのは比例原則違反

---

(4) 最高裁第三小法廷昭和37年7月3日判決民集16巻7号1408頁。

(5) 保釈に関する最近の重要判例として、特に最高裁第一小法廷平成26年11月18日決定刑集68巻9号1020頁。その他、最高裁第三小法廷平成27年4月15日決定判例時報2260号129頁、判例タイムズ1414号152頁、最高裁第三小法廷平成26年3月25日決定判例時報2221号129頁、判例タイムズ1401号165頁も参照。

という意味でも適正手続に違反する。被疑者・被告人は本来であれば、証拠隠滅に至らない限り、証人と接触・面会して証言を得ることが当然とさえいえるはずである。そうするとむしろ、せいぜい個別具体的に相当の理由を認定可能な接触・面会禁止や移動制限を保釈条件として設定するという限度においては尚防禦権に対する制約も憲法上許容可能だということとどまるのであり、身柄そのものを拘束して防禦権行使を著しく制限して裁判を受ける権利を侵害する運用は、本来の原則と例外との関係を逆転させているといわなければならない。

### 3 勾留理由開示と弁護人の立会い

憲法34条前段は「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。」と定め、同後段では「又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない。」と定められている。

つまり前段では、勾留には「勾留理由開示」と「弁護人依頼権」とが「且つ」によって結ばれており、後段では特に勾留の理由が示される対象を「本人及びその弁護人」としており、「本人又はその弁護人」とはしていない。

憲法34条は勾留には「正当な理由」が必要だというのである。そしてそればかりでなく、法廷でその理由と一緒に聞く弁護人も必ず必要だというのである。

刑事訴訟法60条1項は勾留の理由のみを掲げている。住所不定（同1号）、罪証隠滅を疑う相当の理由（同2号）、逃亡を疑う相当の理由（同3号）。

しかし憲法34条は実は「法廷でその理由と一緒に聞く」という意味での実質的な弁護人依頼権までを同時に要求している。勾留理由開示裁判請求権は実質的弁護人依頼権と不可分である。

なぜ正当な理由ないし相当の理由があるだけ、あるいはその開示手続があるだけでは足りず、共にその理由を聞く弁護人の存在までが憲法上必要のとされているのか。

このように考えれば、憲法34条が「直ちに告げられ」また「示され」なければならないとする「正当な理由」ないし「相当の理由」については、単に告げられあるいは示されるだけでは足りず、その嫌疑の刑法上の意味内容、罪証隠滅等の相当の理由の内実、勾留の必要性の具体的内容について、それらの法的な意味を日常用語的に解釈・解読し直した内容を被疑者に伝える役割が弁護人に求められ、その役割が十全に果たされることによって初めて「告げられ」そして「示され」たといえるということになる。その「且つ」や「及び」といった文言を慎重に解釈する限り、憲法34条はこのような実質的な保障を被疑者の憲法上の権利として規定したものと考えざるをえない。

そうであるとすれば、逮捕後の弁解録取手続時に弁護人の立会いが認められなければそれは憲法34条違反である<sup>(6)</sup>。

身柄が拘束される以前はいわば任意捜査の範疇内であるから当事者主義的訴訟構造上の要請は未だ強くは働かないものの、逮捕・勾留に至ればその時点からすでに被疑者はこの対立構造に強制的に置かれるのであるから当事者対等原則の要請が強く働くことになる。しかも公判段階と異なり裁判所の関与は間接的とならざるをえない分、公判段階以上に対等当事者としての保護を十二分に保障して、その後の公判手続の公平性いい換えれば真実発見を妨げるアンバランスの解消を担保しうる手続となっていなければならない。尚「事案の真相を明らかに」するために捜査・取調べを要するとしても、それは法1条が念を押している通り「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ」行われるのでなければならないか

---

(6) 弁解録取時には黙秘権の告知さえ要しないとする最高裁第一小法廷昭和27年3月27日判決刑集6巻3号520頁は更にこの弁解録取書に証拠能力まで付与するが、職権主義的訴訟観の残滓というほかない。

ら、法律的知識ゼロ、場合によっては裁判経験もゼロのいわば徒手空拳の被疑者を孤立無援の状態に放置することは当事者対等原則違反というほかなく、弁護人の立会いはもうこの段階から認められなければならない。

## 第2節 伝聞証拠と伝聞法則

### 1 証拠調べの公平さ保障としての伝聞法則

いわば伝聞書面は、主尋問や反対尋問におけるまごつきや逡巡や曖昧さや自信のなさといったものを全て回避して、完全な問答がなされ終えた状態を保障されることになる。そのようなことは実際の尋問においては非常に困難であるにもかかわらず、これが容易にしかも完全な形でなされてしまう。しかもそれは証拠へのアクセスが容易な検察側によってより便利に活用可能だという不公平さをも備えている<sup>(7)</sup>。

口約束では足りないから契約書を作るという社会慣行からも明らかな通り、我々は一般に口頭でやりとりする内容は不確実なものと捉え、書面に固定されたものこそ信用に値するという感覚を持ちがちである。しかも伝聞書面においては更に、その内容と構成についてあらかじめ吟味したところをそのまま再現でき、何度も訂正が可能で時間にも十分な余裕があり、その論理一貫性を確保することも容易である。いわばぶっつけ本番のライブ演奏ではなく、何度も繰り返した中のベストを採用し更に部分的な編集さえ可能なレコーディング演奏との違いだといえわかりやすい。これは同様に時間をかけて繰り返すことが可能で、そのうちのベストの部分を採用することのできる取調べ録画映像についても同じことがあてはまる。

このように伝聞書面は人質司法や取調べにおける不公平がそのまま法廷での証拠調べに引き継がれてしまうところに大きな問題がある。伝聞書面は知覚・記憶・表現叙述の各過程で誤りを生じやすくまた反対尋問による

---

(7) 早野暁「法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項」法学新報（中央大学）121巻3・4号170頁以下も参照。

その是正が保障されないが故に排除されるというだけでなく、今やそれが捜査段階の不当さや不公平さまでを法廷における証拠調べに直接持ち込み影響を与えるからこそ、当事者対等主義に適う公平な手続による真実発見を損なうが故に排除されなければならないというべきである<sup>(8)</sup>。

## 2 伝聞・非伝聞<sup>(9)</sup>

東京高裁昭和58年1月27日判決<sup>(10)</sup>は、某月25日の会議で話し合われた内容を後に聞き知った者により「(25) 確認点—しゃ罪といしゃ料」と書き留められたメモにつき、原審がおそらく「いわゆる供述証拠ではあるけれども、伝聞禁止の法則の適用されない場合であると解した」ものと推測できるところ、「人の意思、計画を記載したメモについては、その意思、計画を立証するためには、伝聞禁止の法則の適用はないと解することが可能である。それは、知覚、記憶、表現、叙述を前提とする供述証拠と異なり、知覚、記憶を欠落するのであるから、その作成が真摯になされたことが証明されれば、必ずしも原供述者を証人として尋問し、反対尋問によりその信用性をテストする必要はないと解されるからである」旨判示した上で、右メモの記載についてはその内容を教示した原供述者<sup>(11)</sup>から伝え聞いた内容をメモに記載したというのであるから再伝聞供述と解さなければならないとした。そして更に「それが最終的に共犯者全員の共謀の意思の合致する

---

(8) 伝聞法則をこのように捉えるときには、伝聞証拠の扱いに一定の偏面性を認めるべきとする主張にも当然妥当性が認められる。

(9) 例えば、最高裁第二小法廷昭和30年12月9日判決刑集9巻13号2699頁参照。また、大政正一・栗原宏武「証言の証拠能力」判例タイムズ599号11頁以下等も参照。

(10) 判例時報1097号146頁、判例タイムズ496号163頁。評釈として、川出敏裕「伝聞の意義」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(別冊ジュリスト174号)180頁以下等参照。また、大阪高裁昭和57年3月16日判決判例時報1046号146頁、判例タイムズ467号172頁も参照。

(11) この者を原供述者としうるかも実は疑わしく、更に伝聞性を重ねて考慮すべき余地が事案上認められる。原供述者も「謝罪と慰謝料を要求する旨の発言を聞き」、これを伝えた、とされているからである。



ところとして確認されたものであること」が前提とされる限りにおいては、「それが真摯に作成されたと認められるかぎり、伝聞禁止の法則の適用されない場合として証拠能力を認める余地があるといえよう」とした。

即ち、共犯者全員についてメモ作成者と同等の立場において、作成されたメモにつき伝聞法則不適用（非伝聞）とする余地があったものである。その理由は当該メモが「知覚、記憶」を前提とせず、単に「表現、叙述」を前提とする供述証拠でしかないことから、その作成の真摯性さえ認められれば一般の伝聞証拠相当の信用性テストを要しないと解されるからだというのである。

本判示は本件メモを再伝聞供述だと認めていながら非伝聞証拠と同様に扱うとするもので、法廷の伝聞例外要件を排していれば超法規的に信用性を肯定して伝聞例外（非伝聞）を認めうる場合を創造し、その要件についても真摯性で足りるとしたもので、かなり思い切った判例立法を展開したものとともいえる。刑事証拠法についてこのような司法による立法が正当化される余地があるかは疑問なしとしない。

通常の伝聞証拠は、例えば目撃証言であれば、視覚情報をそのまま視覚情報として記憶しておきながら、いざ供述場面においてはこれを記述情報・文章表現に置き換えていく作業が必要となり、その過程において必ずしも論理的ではない直感的な視覚・映像情報の変容・部分的な欠落あるいは文章表現の拙さや想像による補強・論理性補完などを容易に來し、完全な再現がままならないことが伝聞法則の根拠となっていよう。

本件のようなメモの場合についても、実は説明という文章表現をメモという同じ文章表現として書き留めるという過程を経る意味で変容のおそれ小さいように思えるが、そうではなかろう。単に逐語的に書き留める記録系の速記録のようなものとは異なり、犯行計画謀議の参加者は当該計画が実現可能なものであるか、逃走の方法・経路に至るまで安全に遂行可能であるか、自分に与えられる役割が相応な負担にとどまっているか、当該

犯行手段が目的に見合ったものであるかなど、その内容を十分に理解・咀嚼した上で同意・不同意を表明したり、了解したり、参加を決定したりするのである。そこには知覚・理解・整理・解釈・吟味・確認・図式化ないし箇条書きなどといった濃密なコミュニケーションプロセスが介在しているのであって、そのいずれの段階にも勘違い・取り違い・誤解、考え違い・勝手な解釈、不十分な理解・早合点、ミスコミュニケーション、混乱、誤記などが混入してくる。非日常事態である犯罪計画謀議であれば尚更複雑な過程を経るといえよう。

つまり、自分で立案計画した内容を書き起こしたというのとは異なり、他人の意思形成が伝達されてなされた意思形成のメモについては、やはり原供述を「知覚、記憶」して更に理解・整理・解釈・吟味・確認等の過程を経た上で「表現、叙述」に至っているのである<sup>(12)</sup> から、要件を緩和して非伝聞扱いすることは理由がないといわなければならない。

まして刑事訴訟法上の伝聞法則は書面化されたこと自体を以て伝聞証拠禁止の対象としているのであり、それは真摯に作成された供述書であろうと変わりはないのであるから、明文によらない伝聞法則の潜脱は認められないというほかない。

このような法潜脱的な非伝聞化により、他の共謀参加者らの意思内容までが当該メモの内容から推認されうる<sup>(13)</sup> ことにもなるが、これは実質

---

(12) 伊藤睦「犯行メモの証拠能力（迎賓館事件）」法律時報82巻2号122頁も「記載通りの犯行計画が練られていたか否か、つまりはメモ作成者が共謀者の発言内容も含めた犯行計画を正確に知覚し、正確かつ誠実に記録したか否かが問題となるのであるから、本来「知覚・記憶」の過程は問題とならざるを得ない」という。堀江慎司「伝聞証拠の意義——犯行計画メモの証拠能力——」刑事法ジャーナル31号38頁も「例えば複数人の共謀による犯行とされる事案において、犯行計画メモから、そこに記載された内容通りの共謀が成立していたこと（ないし謀議参加者の間でそのような内容の共通意思が形成されたこと）を推認しようとするのであれば、同メモは典型的な伝聞証拠と位置づけられることになる。単にメモの作成者自身の計画・意思を推認しようとする場合と異なり、作成者が例えば謀議の内容を知覚し記憶した過程も問題になるからである」という。

(13) 三好幹夫「伝聞法則の適用」判例タイムズ816号64頁参照。

的には原供述者の供述を聞いた者が書き留めた書面からの推認という重層的な伝聞過程を経た認定となるものであり、メモした本人でない者の意思内容までの推認を許容しうるほどの信用性を担保しうるものであるかは疑義なしとしない。

### 3 検面調書

刑事訴訟法321条1項1号と同2号はほぼ似ているが、2号後段が特信状況を要求している点が異なる。これはつまり2号書面について、やはり信用性が特に必要であることが明示されているということである。1号では信用性が擬制されているとすると、1項の中で唯一2号前段だけが、後段におけるのと同じ2号書面であるにもかかわらず信用性が要求されていない点で特殊な扱いだということになる。しかし伝聞例外の本質が必要性と信用性双方の充足にあることを考えれば、2号前段は単に特殊というだけにとどまらず、不当に伝聞例外性が認められてしまっているということが明らかである。検察官に法曹としての公益性追求の性格を認めうる余地がそもそもないことはもはや明らかというほかに、当事者主義の浸透による職権主義残滓の排斥も証拠法でこそ尚更充足されなければならない。とりわけ検面調書については、起訴後の有罪立証を見越した、法的観点を踏まえた内容として作成されるという意味ですでに中立的な性格を半ば以上失っている証拠なのであるから、これを容易に伝聞例外として許容すべきではない。内容においても員面調書の内容を踏まえて作成される以上、むしろ3号書面に準じた要件が課される必要さえある。そうであれば、1号前段と全く同じ要件の下で例外とされる理由は認められない。この不当性を回避するためには、以上の論理から当然に導かれるように、相当の信用に足る状況の保障が要求されよう。即ち、2号後段の相対的特信状況はいわば相反性に基づく必要性との組み合わせによって伝聞例外とされるのであるが、前段は供述不能による必要性しか満たしていない。しかし供述

不能による必要性和相反性による必要性和との間で、法定外供述の必要性の意味における差異はないといえるから、供述不能の場合に特段の必要性を認めてこれのみで伝聞例外とすることはできない。そしてこの場合における信用性については後段の場合のように相対的な判断をすることができないのであるから、まずは相対的特信情況に相当するような一定の信用性要件を要求する必要がある。この2号後段の相対的特信情況はいわば相反性という必要性に関わる事態を前提としたものであるが、他方で3号の絶対的特信情況はいわば不可欠性という必要性に関わる事態を前提としている。もはや相反性自体が伝聞例外の必要性を基礎づけるともいえないことはまず確認されるべきである。公判中心主義に反するのみならず、人質司法・調書裁判により当事者対等原則が害されているといわなければならない。そうするとむしろ相対的特信情況自体がいつてみれば絶対的特信情況に比肩するものとして捉えられなければならないことになる。他方で3号ではこれは供述不能要件と「かつ」で結びつけられていることからわかる通り、いわば3号にいう特に信用すべき情況は唯一絶対的に裁判全体を支えるに足りるだけの特別な信用性を要求する場合に初めて許容される証拠であるところ、2号の特信情況は唯一絶対性までは要求されないものの裁判全体を支えるに足りるだけの特別な信用性を必要としよう。そうであればやはり、2号前段の供述不能についても、供述が可能であったとしてもやはり「前の供述」の方が特に十分な信用性が認められたという場合に初めて伝聞例外として許容されうると解すべきである。以上のように、2号と3号の特信情況の実質を、それぞれ十分な絶対的特信情況と唯一の絶対的特信情況と捉えた上で、2号前段にも十分な絶対的特信情況を要求することで初めて、伝聞例外を認めるに相応しい信用性要件を課することができることになる。このように解しても尚、2号書面は3号の場合とは異なり、供述不能かつ相反性ということにはならないという意味において3号との間の実定法上の差異は無視されてはいないのである。

伝聞法則は知覚・記憶・叙述表現において誤りが混入しうるから信用性が類型的に低く、反対尋問による保障等を要すると趣旨説明されるものである。この意味では伝聞法則は法律的関連性に関わる。このように信用性が低い故に禁止されている以上、これを何ら保障することなく、必要性のみを理由として伝聞例外を認めることはそもそもできないといわなければならない。

他方でまた、伝聞書面は、ただ単に誤りが混入してしまうというだけではなく、不可避免的に調書化の過程において取調官の創作性が大いに介入・介在して元の証言を変性させざるをえないという意味で、法廷での直接の証言と比較するときにはこれはもはや真実から遠ざかる危険を孕むものとして禁止すべきとさえいうことができる。問答が逐語的に再現されているわけではない検面調書については、いわば訴追する側という一方当事者の意図を反映させて新たに作り上げられた、あえていうならば伝聞過程を経て創造・創作された書面というべき性格を本質的に有している。これは悪意による場合に限らず、要約型の検面調書が不可避免的に内蔵する性格であるが故に、これは単に裁判所の判断を誤らせるおそれがあるというにとどまらず、その創作性・作為性・技巧性故に法廷への顕出を禁止すべきものである。警察官による員面調書が取調べの過程を比較的全般的にまた広汎に調書化するが故に作為性・創作性においては比較的高まらないのに対して、検面調書は有罪立証を踏まえた訴追官の視点によって再構成され、もはや単なる伝聞書面の域を越えて新たに整合性や完成度を伴い創作されたというに足る書面である。これはもはや証拠法における当事者対等原則を侵害する証拠というべきであり、本来的に禁止されなければならない。このように伝聞法則において2号書面が単に法律的関連性の観点のみならず証拠禁止の観点からも厳しく制限されるべきものである以上、その例外を認めることも厳しい制限の下に初めて許容されなければならない。

そして無論、この信用性は証拠能力の要件であるから、書面の内容（証

明力)から評価することは許されない。そもそも伝聞書面はその整合性等の点において法廷での証言よりも当然整合性を保ちやすいのであるから、これをもって特信性を認めることは伝聞法則の趣旨に真っ向から反しているものといわなければならない。

更にまた、員面調書をそのまま引用したような検面調書について2号所定の要件で伝聞例外を認めることが許されないことからわかる通り、検面調書が員面調書よりも緩やかな要件の下で例外性が認められるのは、それ相応の実質を伴うからこそのことなのである。法は1号から3号までの伝聞例外について単に形式的な差を設けたわけではなく、実質的に相異なる内実を持つものとして差を設定したのであるから、2号前段要件についてもその実質的な差異に見合った内容を持つものと解釈されるのでなければ憲法31条違反といわざるをえないことになる。

#### 4 証言拒否

供述不能について証言拒否の場合を含めうるかについては、供述不能をどのように捉えるべきかということをまず踏まえる必要がある。即ち、ここでいう供述不能とは検察官や裁判所がいわば主観的な観点から、もう話さないと判断できるから不能だといえるものなのだろうか。むしろ物理的ないし客観的に供述できないということを定めたのではなかろうか。そうでなければ、例えば証人が明らかな嘘ばかりを答えるとか、全く問いとは関係ないことばかり答える場合でさえ、これをもって全くまともに答える気がない・証言する気を見せないから供述不能だということさえ可能になってしまう。これらは供述不能ではなく、あくまで供述拒否なのである。

また以前から、公判では人間関係などを気にして証言を拒否する場合があるなどといった指摘もあるが、抽象的且つ一方的な指摘である。むしろ公判でようやく任意に拒否に及んだということは、逆に取調べ時の任意性を疑う証左と考えるべきである。そうであればやはり証言拒否の場合を供

述不能とし伝聞例外を認めることは、任意性・信用性に疑義のある証拠を許容することにもなりうるのであるから、尚更2号前段要件の類推拡張を許すべきではないことになる<sup>(14)</sup>。

### 第3節 違法証拠類型と違法阻却

#### 1 「令状主義の精神を没却するような重大な違法」と比例原則

最高裁第三小法廷昭和51年3月16日決定<sup>(15)</sup>は「意思を制圧」<sup>(16)</sup>して初めて強制処分だとした。つまりこのレベルで初めて令状主義が実質的に妥当することになる。

他方、最高裁第一小法廷昭和53年9月7日判決<sup>(17)</sup>は「令状主義の精神を没却するような重大な違法」<sup>(18)</sup>があつて初めて証拠排除がなされるとした。令状主義の精神を没却するためには、その前提として令状主義の精神が妥当すべき処分であることが必要である。令状主義の精神が妥当すべき処分とは結局、「意思を制圧」するような処分だといえる。

つまり、意思を制圧するものではない任意処分は令状主義の精神が妥当すべきものではない以上、任意処分によって令状主義の精神が没却されることはありえないことになる。結局、違法な任意処分が令状主義の精神を没却することはありえず、従つて証拠排除されることもない。2つの最高裁判例の論理では、違法な任意処分によって証拠排除されることは全くありえないということになる。

---

(14) 最高裁判所大法廷昭和27年4月9日判決刑集6巻4号588頁参照。その他、証言拒否と伝聞例外・供述不能につき、吉弘光男「供述不能の意義」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（別冊ジュリスト148号）182頁以下、山本正樹「供述不能の意義」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（別冊ジュリスト174号）182頁以下、吉村典晃「供述不能の意義」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（別冊ジュリスト232号）184頁以下等参照。

(15) 刑集30巻2号187頁。

(16) 刑集30巻2号191頁。

(17) 刑集32巻6号1672頁。

(18) 刑集32巻6号1682頁。

のみならず、では令状主義が妥当すべき強制処分においては、どの程度証拠排除の可能性があるのか。

証拠排除されるのは違法が「重大な」場合である。

昭和53年判決はこの重大性基準を具体的事案<sup>(19)</sup> に対して次のようにあてはめた。「これを本件についてみると、原判決の認定した前記事実によれば、被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出したK巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいへないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」と。

重大性を否定した要素を取り出してみると、それは次のようなものであった。

- ・所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況だった
- ・被告人の諾否が不明であった
- ・許容限度をわずかに超えたに過ぎない
- ・令状主義潜脱の意図なし
- ・他の強制なし

更に結論として、「本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいへない」のであり、「これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたい」とした。この

---

(19) 原判決（大阪高裁昭和51年4月27日判決刑集32巻6号1765頁）は、「本件証拠物の収束手続の瑕疵は極めて重大であつて、憲法35条及び刑事訴訟法218条1項所定の令状主義に違反するもの」（1771頁）としていた。



部分については、「必ずしも重大であるとはいえない」ということは、重大とする余地もないではないということにもなる。そうであるのに証拠排除されない。つまりただ単に重大であるというだけでは足りない。それは「相当」な「重大」さでなければならない、ということになる。「違法な捜査の抑制の見地」云々というのは、単に重大だけでなく、相当に重大であることを要求するための修飾表現だったとわかる。つまり、「令状主義の精神を没却するような」重大な違法とは、「相当」に重大な違法であった。

結局、証拠排除が妥当しうるほどの違法な強制処分かどうかもまた、任意処分における比例原則と同様に、証拠排除すべきほどに「相当程度に重大」なのかそれともそれほどには「相当程度に重大とはいえない」のかという相対的な違法の程度によって決せられることになる。つまりここでも比例原則が妥当している。

何と何との比例性か。

それは究極的には、証拠排除により防禦権保障を実効的なものとする利益と、証拠を許容して刑罰権の実現を図る利益との間の比例性ということになる。

後者の刑罰権実現利益を正当化する諸要素として、先に列挙したものが摘示されたのである。これらが刑罰権実現利益を正当化しうる要素であることを定める法的な基準・規範は元々は存在しない。最高裁自身が具体的な事案の中から丁寧に一つ一つ取り上げたものであり、それぞれが違法の些少さを物語ろうとするものである。しかしいずれもよく見れば大した理由になるとも思われないものばかりである。所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況だったことは強制捜査の違法評価とは関わりがない。そもそも所持品検査の必要性和緊急性さえ認められなければ元から論外というだけの話である。被告人の諾否が不明であったことなど何の言い訳にもならない。許容限度をわずかに超えたに過ぎないことは、情状としては考慮されても違法かどうかを決する時点では意味を持たない。潜脱の意図な

どなくて当然であり、これを積極要素として加味する意味がわからない。他の強制がなければ良いという理屈がそもそも成り立っていない。

それ以上に問題なのは、比例性判断のもう一方の対象である防禦の利益について、何一つ具体的に検討していないことである。それはひとまとめに「令状主義の精神」という姿形さえない「精神」として扱われただけである。つまり、刑罰権実現利益については何の手がかりさえない中から、最高裁自身が具体的な事実を掘り返していくつも列挙してみせたのに対して、防禦権保障の利益については余りに抽象的な「精神」を語っただけなのである。これではまともに比例性判断を行うことはできない<sup>(20)</sup>。

こうした裁判所一般に見られる姿勢がある限り、違法証拠排除において比例原則はほとんど機能しえない。それはまさに令状主義潜脱の明白な意図の下に組織的に具体的事件を俟たずに行われたようなごく例外的な場合に限られてしまう。刑罰権実現利益を始めから偏重し、防禦権保障に対する具体的検討さえ怠る裁判所の態度の前では、任意処分に関しても強制処分に関しても比例原則による判断が機能しうることはおおよそ考えられないというのは、まさに刑事裁判の現実とも一致する<sup>(21)</sup>。

(20) 比例原則が機能するためには、利益衡量にあたり「個別事案の具体的事実状況」が取り入れられることにより審査密度・規律密度が高められなければならないとするものとして、亙理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室339号44頁以下参照。

(21) 無論ごくわずかな例外は存在する。例えばGPS捜査事件大法廷判決（最高裁大法廷平成29年3月15日判決刑集71巻3号13頁）においては、当該捜査や証拠を必要とする利益以上に、「私的領域への侵入」が「網羅的探索」的になされることから保護される防禦の利益の方が大きいものと判断された。それは元々刑事訴訟法が予定していなかった新たな捜査手法の性質を厳密に検証した結果であった。大法廷判決全般につき、尾崎愛美「GPS捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(上)(下)」捜査研究798号43頁、800号2頁参照。また、GPS捜査については例えば、池亀尚之「GPS捜査——近時の刑事裁判例の考察と法的問題点の整理——」愛知大学法経論集209号77頁。今後更に、ビッグデータの活用と結びついた捜査や証拠の違法を審査する際には、網羅性・探索性のみならず、蓄積性や転用可能性・汎用性等も考慮されなければならない。

しかしいずれにしても、この幸運な例外となるかどうかの指針は何も示されていない。粘り強い弁護活動が結果的に実を結ぶかどうかは文字通り幸運か不運かによって左右されるようなものといえる。

## 2 比例原則の機能不全

しかし実のところ、比例原則が機能していないのは一人刑事訴訟法上の捜査や証拠に関わる争いにおいてだけではない。

猿払事件<sup>(22)</sup>において示された「国公法102条1項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあつては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である。」<sup>(23)</sup> といわゆる違憲審査基準も、法による規制の目的や関連性が捜査手続と同様にほとんど問題とされえない<sup>(24)</sup> ときには、結局のところは（刑罰権実現の利益と同様の）大きな公益と小さな私益との比較衡量による司法消極主義の維持以上のものではないことになる<sup>(25)</sup>。

同じことは近年のいわゆる世田谷事件最高裁判決<sup>(26)</sup> にもあてはまる。そこでは偏面的に、侵害される政治的中立性については深くその実質的なおそれにまで言及した。曰く「被告人は、……指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位にあっ

(22) 最高裁大法廷昭和49年11月6日判決刑集28巻9号393頁。これについて例えば、小山剛「比例原則と猿払基準」法学研究（慶応大学）87巻2号29頁以下。

(23) 刑集28巻9号399頁以下。

(24) オリヴァ・レブシウス（横内恵訳）「比例原則の可能性と限界」自治研究89巻11号64頁以下は「比例原則の限界」、「比例原則に不向きな法領域」として租税に言及する。曰く「目的—手段—コントロールに適していない法領域は少なくない。なぜならば、典型的には、目的達成のための手段は一つしか存在せず、それ故、合理性審査が排除されるからである。租税法を想起されたい。租税の目的は、国家の一般的財政需要を充足することである。その目的のためには、一つの手段しか存在しない。すなわち、租税である。したがって、より緩やかな手段を用いることができないために、適合性と必要性の審査は、大概、不要となるのである。」と。

(25) それ以上のものとなった例外的なケースとしては、法令違憲となったわずかなケースのほかに、例えば、エホバの証人剣道実技事件（最高裁第二小法廷平成8年3月8日判決民集50巻3号469頁）も参照。

その他、こうした憲法訴訟における比例原則の適用については、拙稿「プライバシー権と自己実現」白鷗法学26巻2号159頁以下も参照。

(26) 最高裁第二小法廷平成24年12月7日判決刑集66巻12号1722頁。

たといえる。このような地位及び職務の内容や権限を担っていた被告人が政党機関紙の配布という特定の政党を積極的に支援する行動を行うことについては、それが勤務外のものであったとしても、国民全体の奉仕者として政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員が殊更にこのような一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出ているのであるから、当該公務員による裁量権を伴う職務権限の行使の過程の様々な場面でその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まり、その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねない。したがって、これらによって、当該公務員及びその属する行政組織の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるものといえることができる。そうすると、本件配布行為が、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、それ自体は公務員としての地位を利用することなく行われたものであること、公務員により組織される団体の活動としての性格を有しないこと、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様ではなかったことなどの事情を考慮しても、本件配布行為には、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められ、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当するというべきである。」<sup>(27)</sup>と<sup>(28)</sup>。

---

(27) 宍戸常寿「国家公務員の政治的行為に対する刑事罰」『平成25年度重要判例解説』（ジュリスト1466号）24頁以下も参照。同25頁は堀越事件判決により「猿払判決は一つの事例判断として位置づけ直されることになった。」とするが、むしろ堀越事件判決が尚「一つの事例判断として」しか位置づけられえない、従って「精神的自由に関する諸判例の見直しの扉も開け放たれた」（同25頁）わけではなく、変わらず鍵まではかかっていないものの閉じられたままであることに思いを致したい。

(28) 政党機関紙の配布という積極的に支援する行動を行うような被告人であれば、職務中にも無意識の内にあるいは暗に部下らに偏った影響を与えてしまいかねない、だから政治的中立性が損なわれる実質的なおそれがあるというのである。しかしこれでは単に表現の自由を制限するおそれがあるというだけではなく、職務中の内心の自由に対する直接の制約を罰則付きで認めているのと同じであって、このような論理で正当化される罰則規定であるとしたならば、当該規定は憲法19条に違反するものといわなければならないだろう。

同日の同じ第二小法廷によるいわゆる堀越事件<sup>(29)</sup>では、公務の政治的中立性に対する実質的なおそれとその非支配管理性と非組織性によって否定された。比例原則にあてはめていい換えれば、これはつまり当該行為により侵害される公的利益が小さい故に、当該行為が禁止されることで奪われる利益の方が大きいと判断されたということになる<sup>(30)</sup>。しかし、実際のところ判決文の中では、当該禁止により奪われる利益の大きさ、重要さについてはほとんど具体的に述べるところがない。公務員である個人が新聞やチラシ・ビラを配るというほとんど唯一可能ともいえる政治的表現の重要さ、更にはそれがむしろ国民の政治的多様性に資するという意味での重要さについても何ら言及するところがない。近隣との関係性も希薄な現代にあって、勤務時間外に個人の活動として新聞や文書を配るという最も侵害的でない態様さえ刑罰でもって禁止することのアンバランスさが比較衡量に加味されたわけではなく、ただその公務侵害の軽微さ故に正当化されたのである。いわば表現活動の憲法上の重要さを正當に比較衡量の俎上に載せたわけではなかった<sup>(31)</sup>。

この点、堀越事件控訴審の東京高裁判決<sup>(32)</sup>が、あえて「時代や社会の流れの中での国民意識の変化を、いわば公知の事実として、判断要素とすることも許容されると考える」として、あるいは当該罰則の萎縮効果も考慮に容れつつ、国民の法意識の変容や、表現の自由、言論の自由の重要性

(29) 最高裁第二小法廷平成24年12月7日判決刑集66巻12号1337頁。

(30) 実質的違法阻却の判断（判例上は専ら構成要件該当性がないとされることになる）をあえて合憲限定解釈とか適用違憲と呼ぶべき意味は、その罰条の文言や規定および罪刑法定主義上の明確性を担保しえず憲法31条に照らし違憲であるとする文脈においては、ないとはいえない。世田谷事件の須藤正彦裁判官反対意見を参照。反対、同じ世田谷事件の千葉勝美裁判官補足意見を参照。千葉勝美裁判官のいう罰則の「通常の法令解釈」とか「罰則規定の一般的な法令解釈」（堀越事件）もまた、罪刑法定主義を参照することで憲法31条上の疑義を質すこととなり、本来的にはそれがまさに憲法訴訟そのものだといわなければなるまい。

(31) 最高裁らしく、そこで腐心されたのは世田谷事件と猿払事件との整合性であった。

(32) 東京高裁平成22年3月29日判決刑集66巻12号1687頁。

に対する認識の一層の深まり、公務員の政治活動のあり方を取り巻く社会情勢の変化等まで丁寧に視界に捉えて、本件の罰則適用が「国家公務員の政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度を超えた制約を加え」と述べて、いわば比例原則違反の結論を導いたのとは対照的である<sup>(33)</sup>。

判例上機能していないといわれる違憲審査基準といったアイデアもまた、裁判所の姿勢如何によって容易に左右されてしまう比例原則や比較衡量の安易な利用<sup>(34)</sup>と、結局はそのことによって現実に憲法上の権利の行使が制限され歪められている現状とを何とか改善しようという前向きな試み<sup>(35)</sup>であるはずである。

---

(33) 東京高裁判決はこれらを主に合理的関連性の内容として論じ、一般職公務員の政治活動全般に互る広範に過ぎる罰則規定が保護しようとする実質的な法益侵害の危険（中立性とその信頼を損なうおそれ）の存否と、他方で罰則規定により制限される「表現の自由という憲法上の極めて重要な権利」とを繰り返し対比させた上で、罰則適用の憲法適合性について「謙抑性を始めとする刑罰法規の基本原則に照らしても、明らかに過ぎ」とか「禁止される対象が政治的自由という憲法上の権利であることを考慮すると、安易に過ぎる」などとしながら、抽象的な公益と対比するのが難しい具体的・実質的な権利侵害を慎重に見出し、繊細な比較衡量を行っている。

(34) 裁判一般において比例原則や比較衡量が一切機能しないというのではもちろんない。逆に、裁判が形式的な判断に終始しがちで、具体的・実質の事情を十分に顧みようとしない場面では、むしろ比例原則・法益衡量こそが大いに機能しうる。例えば刑法上、刑事裁判上の実質的違法阻却の判断などは、十全に機能しているとはいえないまでも刑事裁判における実質的な違法判断の内容を形成し、形式的な構成要件該当性判断の抽象さや不用意さを是正するのに機能しているといえる。出入国管理法上の在留特別許可を巡る裁判においても、現状はとても十分とはいえないものの、尚機能しうる余地がある。渡邊彰悟「実務家からみた行政裁量——出入国管理領域における政策的（政治的）裁量を中心に」法律時報85巻2号41頁以下、特に44頁以下参照。

(35) 市川正人「国公法二事件上告審判決と合憲性判断の手法」法律時報85巻5号70頁以下参照。同71頁では、多様な「諸般の事情」の総合判断が不可避免的に伴う予測の困難さにも言及しており、更には「利益衡量論と違憲審査基準論との統合を指向している」としても、それが「結局、違憲審査基準をつまみ食い」することに終わっているともいう（同72頁）。

また、現状を改善するための前向きな試みということはいわゆる三段階審査についても同じようにあてはまろう。だからこそ、逆にいえば、違憲審査基準は機能しないが三段階審査なら機能するとはいい難いように思われる。裁判所がむしろ広く融通無碍に活用したいところの比例原則・比較衡量をに対して、これを規制しうるアイデアが取り入れられるということ自体がそもそも容易であるとは思われないからである。

同じような試みを違法証拠排除の審査に関して、また違憲審査基準のような段階的な審査基準を提示するという形ではなく、審査の枠組を新たに作り替えることによって提示しようというのが本稿の試みである。そこではいわば今までの原則と例外とを入れ替えて、任意性を欠いたことの主張を被告人・弁護側が積み重ねた後で、検察側がそれを否定する主張をするというのとは反対に、違法証拠類型に該当すれば任意性を欠いたことが推定され、これを違法阻却するためには検察側が違法阻却事由を積極的に示すことが必要だとする枠組である。

つまり、多様にありうる違憲審査の局面では審査基準という画一的な判断基準のあてはめにより解決するという手法は採用し難く、具体的事情を加味した比較衡量による実質的判断が機能しやすいのに対して、違法証拠排除の審査というともすれば証拠の必要性が常に肯定されやすい局面にあっては、逆にそのような実質的な衡量を許さずに類型的な判断によって規律・統制することで初めて裁判においても捜査・取調べの現場においても機能しうる規範・規律となりうるのである。

### 3 違法阻却審査

違法証拠排除に係る弁護側の主張は概ね類型性を示す。そうでなければそれが違法証拠であることを認めさせることが困難だからである。また違法証拠についてはその最たるものについて憲法38条や35条の定めもあり、これをよすがにすることもできる。刑事訴訟法319条も同様である。

しかし通常裁判所の判断は、当該取調等がいわばニュートラルの状態から審査を開始する。令状主義潜脱の明白な意図の下に組織的に具体的事件を俟たずに行われたようなごく例外的な場合を除いて、いわば違法証拠類型に該当する捜査が行われたにもかかわらず、そこから直ちに違法性を推定せずに、適法性を根拠づけるささやかな要素を並べ立てることであたかも正当化がなされえたように論じられることが一般的と思われる。



しかしこれでは、すでに侵害された防禦の利益の具体的な重大さを顧みることができないばかりか、比較衡量・利益衡量としても公平に行われているとはいいい難いことになる。防禦の利益の侵害が抽象的にしか考慮されないおそれがあるとすれば、むしろ防禦の利益が類型的に侵害されたことを前提とした上で審査に入る方が公平ということになる。検察側訴追証拠の任意性や信用性を担保しうる説明を尽くすのは元々検察側の責務であるから、このような前提と枠組として捉え直すことに特段の疑問は生じないだろう。

またその類型も先に述べた通り、憲法38条や刑事訴訟法319条という明文規定を手掛かりとすることができるのであるから明確である。例えば、当然に①肉体的・物理的な暴行・有形力が加えられた場合であるとか、あるいは②暴言・騒音等間接的・心理的暴力が加えられた場合、また③脅迫・偽計・約束が講じられた場合であったり、④長時間・長期間あるいは深夜に互る取調べの場合ないし休憩を与えずに取調べが続けられた場合、更に⑤黙秘権や弁護人依頼権が告知されなかった即ちミランダ警告がなされなかった場合、⑥接見前に取調べが行われ、あるいは接見妨害が認められた場合、そして今や⑦取調べの全面的な録音・録画がなされなかった場合や⑧取調べに弁護人の立会いが認められなかった場合ないし弁護人の同意なしに調書に署名・指印がなされた場合もここに加えることができよう。

搜索や所持品検査に関していえば、①各種の令状主義違反がある場合や②プライバシー権侵害が認められる場合、更には③弁護人の立会いが認められなかった場合などがこれに該ろう。

以上に尽きるものではないが、これらに該当するような取調べや搜索であれば違法証拠類型に該当し、違法性が推定される。この推定を覆すためには、検察官が積極的に違法阻却事由が充足されるとの主張を展開し、違法阻却に足りる十分な理由づけを行わなければならない。

違法証拠審査にあたっては、その前提として違法な捜査と証拠との間の



因果関係は促進的な因果関係で足りると解されなければならない。とりわけ密室での取調べでの不当な圧力の影響等は、保釈が認められたといったような特段の事情でもない限り、その後も継続する取調べの中で容易に解消されうるものとは考えられない。一旦脅迫しておいて、今のはなかったことにするというのは本来考えられないようなことだが、非常識なことに違法証拠評価ではなぜか容易に認められてきた。被疑者の心理に働きかける因果関係即ち心理的因果関係である以上、それはいわゆる従犯因果関係と同様に促進的な因果関係で足りるはずである。そしてその因果的な影響を消し去るためには積極的な働きかけが必要だと考えられてきたはずである。このような刑事裁判上通用してきた認識を、違法証拠評価においてだけなしにするというのは、被疑者の防禦権を不当に軽視するものというほかなかろう。従って、違法証拠類型に該当するような捜査・取調べがなされた場合には、「重大な」違法があるとまず推定されなければならない。そしてこのような推定を否定しようと思えば、即座に保釈を認めて身柄拘束を解き、弁護人と十分な面会・協議を行いたといった事情により、あたかも終了未遂後の中止犯に因果的影響払拭のための真摯な努力が求められるのと同様に、更には結果不発生に相当するような状況の現出を俟って初めて、因果的影響の除去を主張しうるものと解すべきであろう。

更にまた、昭和53年判決が示したような、どんな事柄でも正当化要素となりうるということは許されない。一体何が正当化要素かを予めある程度典型的に決定しておくべきである。そうでなければ理由ともいえないような理由が述べられ、理由ともいえない理由によって正当化され、なぜそれが正当化理由となるのかといったことについては何ら争われないといったことになるからである。

例えば強制処分の違法性が問われているのに、それよりも緩やかに認められる任意処分の要件があったなどという主張は本来およそ意味がないはずである。このようないわば他事考慮は許されないといわなければならない

い。被告人の諾否が不明であったこともこれに含まれる。

許容限度をわずかに超えたに過ぎなかったというのは違法の輕微性をいうものだが、このような実質的考慮こそまさに比較衡量そのものであり、ここでの審査と全く相容れないものである。そもそも被害の輕微さを理由としうるのかにも大いに疑問がある。例えば窃盜罪の評価において、いわゆる一厘事件のような考え方は刑事裁判から放逐され、携帯電話の充電程度の被害であってもその反法的性格即ち規範違反的要素を重視して刑罰に相当する違法性が認められるものと判断してきたはずである。罪に問うときにはこのような考え方をしておいて、自らに対しては違法が輕微だからといって寛大な処置を希うというのは、まさに司法の廉潔性に背く態度といわざるをえない。むしろ罪に問う側こそより厳しい基準が課されてしかるべきほどであろう。この点を加味すれば、違法が輕微だから、重大でないから証拠が許容されるという安易な評価は許されないといわなければならない。

更に、令状主義潜脱の意図がなかったことや、他の強制がなかったことは、逆に令状主義潜脱の意図があったことや他の強制もあったことが違法性を強化し増大させることはあっても、これらが無いのはむしろ当然であって、何ら違法性を減少させる積極的な要素とは考えられないのであるから、これらをそのような性格の要素として加味することは許されないといわなければならない。

以上のように、冒頭の昭和53年判決が理由としたようなことが実は本来、何ら証拠の違法を違法阻却・正当化しうるようなものではなかったことを明らかにすることができた。

それでは一体どんな枠組において違法証拠審査はなされるべきであろうか。ここでもやはり参照されるべきは、まさに違法類型該当行為(捜査)に対して違法阻却・正当化事由の存否を質するという刑事裁判上慣れ親しまれた枠組である。

即ち、当該捜査が、①緊急性を要するものであったこと、②具体的な証拠隠滅行為や証拠散逸の事態に対抗してなされたこと（具体的必要性）、③潜脱意図がないだけでなくむしろ遵法意図によるものであったこと、④厳密に関連しうる代替手段がおよそなく補充的なものであったこと、⑤行為の程度が過剰に及ばず比例原則・法益権衡を満たしていたこと、といった要件を全て充足した捜査であって初めて、当該類型的違法は解消・阻却されうると解することができる<sup>(36)</sup>。以下、更に解説する。

### （１）緊急性

まず、①緊急性要件こそが、それがあって初めて法を破りうるものであることは古来より自明である。そもそも緊急性を満たさないのであれば時間をかけて他のより侵害的でない方法を選択すべきである。法に対して侵害的な方法が許容されるのは、証拠散逸の事態が差し迫っているがために他の元から適法・穏当な方法を採用する余裕がないためである。他の方法を選ぶことが不可能ないしそれに準ずる程度に困難であるといった状況が認められて初めて、当該侵害的な方法が許される可能性が現れるものといえる。

### （２）具体的な証拠隠滅行為や証拠散逸の事態への対抗（具体的必要性）

しかし、ただ単に緊急だったという主張はおおよそ主観的なものとどまり、検証不可能な抽象的な内容に終始しがちであることから、更にそれは、当該捜査手段が②具体的な証拠隠滅行為や証拠散逸の事態に対抗して

---

(36) 同意は違法阻却事由・要素となりうるか。刑事訴訟法上、同意による証拠能力付与を許容しているのは伝聞例外の場合に限られている（326条）のであるから、これに反して、不用意な弁護活動による同意があることによって容易に違法が治癒され被告人に不利益が及ぶようなことを一般的に認めることは許されない。最高裁大法廷昭和36年6月7日判決刑集15巻6号915頁に付された小谷勝重、河村大助両裁判官による少数意見（同936頁以下）を参照。また、樋口裕見「同意と違法収集証拠——大阪高裁昭和六〇年七月一八日判決」判例タイムズ825号22頁以下も参照。

なされたといえて初めて具体的・実体的な主張として成立しうるものといえる。ただ単に緊急だというのではなしに、目前で今まさに証拠隠滅行為がなされようとしていたとか、逃走を図ったという場合に初めて、真の意味での事実具体的な緊急状況を前提として考慮することができる。もしそのような状況でなければ、強度の侵害を伴う違法な捜査方法が採られる必要もなく、またそれを許す理由もないのである。

### （３）遵法意図

潜脱意図がなかったことが積極要素と解されてきたが、脱法の意図のなかったことが積極的に評価されるというのはよく考えればおかしいのではなからうか。悪質さを軽減するというのであろうが、被疑者側からすれば相手の意図を察しうる余地はなく、それどころか取調官・捜査官がよもや違法行為を行うはずがないとの信頼の上で、取調べ側が想定する以上の圧迫を受けているのである。法曹関係者と異なり、一般市民が公務員・司法官が脱法行為を行っているものと想定することはほとんど不可能である。従って脱法意図がなかったことは事後的には悪質さを軽減しうるように見えて、実際の行為時にはそのような要素を持ち合わせないことに注意すべきである。むしろ適法だとの確信の上で脱法行為が行われていることが、取調べを受ける被疑者側からすれば防禦権・人格権侵害の度合は一般に大きくなるものと考えられる。確信があれば遠慮するところがなく、後ろめたさもなく、正しさを確信している故の容赦のなさが発揮されるものと容易に想定されるからである。それ故、脱法意図がなかったというのはせいぜい違法性を強めないというだけであって、違法性を更に低減させるものとはいえないとしなければならない。むしろ遵法意図から導かれた慎重さが看取される場合に初めて、そこに主観の正当化要素を見出すことができる<sup>(37)</sup>。

(37) いわゆる判断過程統制に類するものといえるかもしれない。例えば、山本真敬「立法裁量の『判断過程統制』の観念について」下関市立大学論集61巻3号83頁以下参照。

#### （４）補充性

まさに他に採りうる手段がなかったという非代替性・補充性が必要である。他に採りうる手段があったにもかかわらず違法な手段に出たことを許す理由はないからである。なぜ他に採りうる手段があったにもかかわらずあえて違法な手段が採られたかといえば、それはまさにそのような手段によって任意性を排除した証拠の獲得が意図されたからだといえる。このように補充性を満たさない違法な手段の選択・実施は、いわば典型的に任意性<sup>(38)</sup>を損なう手段を行使したということになる。これはもはやその手段自体として、およそ一般人であれば任意の対応を困難にするものだったというのであるから、証拠の瑕疵とその瑕疵への影響・因果関係も強く推定されざるをえない。この推定を破るためにはこれらの影響を完全に遮断し、その影響の本質であるところの心理的・促進的因果関係を断絶させるに足りる明白な事情が認定されなければならない。

#### （５）比例性・法益権衡

以上の４つの要件を満たした上でようやく初めて、その捜査の手段が厳密な比例性・相当性即ち法益権衡を満たしていたかが更に問われうる。このように見てくれば、単に比例性のみを基準に総合判断で足りるとしてきたこれまでの評価枠組がいかにぞんざいなものであったかが明らかであろう。またここでは、質的過剰・量的過剰の双方それぞれの場合と、あるいはまた両者の混合形態をも考えることができる。この要件充足の有無の評価において初めて、事案の重大さを踏まえての当該証拠の不可欠性の意味での必要性を考慮することができる。それはいわば防禦権と対向するところの捜査権・刑罰権といった公益の具体的な程度の評価の内に加味され

---

(38) 違法証拠排除の根拠は何かという視点と、取調べの録画のためのカメラがどの方向を向くべきかという視点とはやはり相通じる。任意性説はカメラが被疑者の方を向いている様子を想定し、違法排除説はカメラが取調官の方を向いている様子を想定している。

る。このように審査全体の中での一要件としての法益衡量における比例原則の適用という場面に措定されて初めて、この捜査・証拠の必要性要件は不当に過大視されることなく正しく把捉されうる。そしてそれは類型的に違法な緊急行為に対する厳密な審査における評価要素として措定されているのであるから、その本質において、事案が重大だからとか、過剰の程度が些少であるから証拠として容認してよいといったアバウトな裁量的判断を許容しうる余地はない。むしろこのような緩やかに過ぎる審査が従来ずっと反省されることもなく継続されてきたことに驚きすら覚えるところである。従来の審査はいわば軽過失のみならず重過失であってもこれを看過・放置してきたのであるが、このような審査枠組自体が今や放逐されなければならない、違法証拠の審査枠組はより厳密化されなければならないであろう。

従来、取調べを受ける被疑者の防禦権が容易に侵害されるものであるということが、少なくとも刑事裁判上は十分には踏まえられてこなかった。いわば社会生活上最も人権侵害のおそれ大きいのが、密室での、弁護人が帯同しない被疑者取調べの場面であるという理解から出発するならば、ここで述べてきたように違法証拠類型該当性が証拠の違法排除を原則基礎づけるということは何ら不思議なことではない。むしろこれまでの審査のあり方こそが原則と例外とを逆転させていたのであり、これを本来あるべき姿に戻すことこそが必須である。

また、以上のような違法証拠審査では、必要な証拠の法廷への顕出を過度に妨げてしまうと思われる向きもあるかもしれない。しかしすでに述べてきたように、保釈や弁護人の取調べへの立会い、取調べ過程の全面的録画等により任意性が保障され、信用性も高められた証拠の活用が可能となり更には一般的となることで、むしろ刑事裁判並びに捜査の迅速化と透明性の確保、延いてはそれらへの国民・市民の信頼がいわば直接的に図られ

るのであるから、刑事裁判官並びに検察官こそが求めて止まないところではないだろうか。

#### 4 取調べにおける違法証拠類型

先にも挙げたように、取調べにおける違法証拠類型に該るものとしては次のようなものがある。

- ①肉体的・物理的な暴行・有形力類型<sup>(39)</sup>
- ②暴言・騒音等間接的・心理的暴力類型
- ③脅迫・偽計・約束類型
- ④長時間・深夜に亙る、あるいは休憩を与えない取調べ類型
- ⑤ミランダ警告不実施（黙秘権<sup>(40)</sup>・弁護人依頼権不告知）類型
- ⑥接見前取調べないし接見妨害<sup>(41)</sup> 類型
- ⑦取調べの全面的な録音・録画不実施類型
- ⑧取調べへの弁護人立会いなし<sup>(42)</sup>、弁護人の同意なき署名指印<sup>(43)</sup> 類型

---

(39) 労働組合法1条2項本文と同項但書も参照。

(40) 山名京子「黙秘権不告知と供述の証拠能力（一）——ドイツにおける最近の判例を中心に——」奈良法学会雑誌7巻2号51頁以下参照。

(41) 別件逮捕・勾留による接見禁止・制限に係るものとして、東京高裁昭和58年6月28日判決高裁刑裁速報集(昭58)145頁。この事案に関する評釈として、稲田隆司「接見制限と自白」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選 [第10版]（別冊ジュリスト232号）170頁以下参照。また、山名京子「接見制限と供述の証拠能力——一九九二年一〇月二九日ドイツ連邦裁判所判決を中心に——」奈良法学会雑誌7巻3・4号133頁以下も参照。

(42) 取調べの録画への反論であった取調官との信頼などというのが捜査官側の妄想に過ぎなかったことが明らかとなった今、同じ反論を妥当させてきたであろう弁護人の立会いについてももはやこれを否定する理由はない。そればかりか長期に亙る人質司法の結果としての海外逃亡の事態さえ招いた以上、世界的に信頼を失墜させた人質司法解消の第一歩をここから踏み出さなければならない。

(43) ミランダ警告があった場合でさえ、被疑者は供述が自己に不利益に用いられる場合がありうると教えられても、そのことの本当の切実な意味を十分知りえていることはむしろ少ないと思われる。弁護人もそこまで詳しく説明することは必ずしもなかろう。つまり、たとえ供述内容について任意性も信用性も認められるような場合であっても、当該自白書と刑事訴訟法322条との関係のある程度でもしっかりと理

等々

以下ではこのうち偽計・約束による自白類型と、長時間・長期間また深夜に亙る取調べ類型、更にミランダ警告不実施(黙秘権・弁護人依頼権不告知)類型について、具体的事例に即して見ていきたい。

### (1) 約束による自白類型

いわゆる約束による自白類型については任意性に疑いが生ずるものと解されているが、刑事裁判や被疑者の立場の弱さ・不安に通じる取調官がその起訴裁量権限を濫用して、法や裁判に疎い被疑者の意思自由を損なうところはむしろ暴行・脅迫による場合に比して大きいとさえいえるのであるから、それはただ具体的場面における任意性の有無を問えば足りるというものではもはやなかろう。

最高裁第二小法廷昭和41年7月1日判決<sup>(44)</sup>に係る事案では、ましてその知識の欠如を補うべく信頼が置かれるところの弁護人を通じて、自白すれば起訴猶予がありうる旨の利益誘導がなされたものであるから、違法の程度は尚更重大というべきであり、これを違法阻却すべき事情も見出されなかったといえる。

昭和41年判決が引用する福岡高裁昭和29年判決<sup>(45)</sup>は公職選挙法違反事件に関して利益供与の相手方の名前を供述しても起訴しないとして得た自白について、「約束による自白といわなければならない。ところで検察官

---

解できている被疑者はまずいないのではなかろうか。検面調書への署名・指印がいわば潜在的な証拠能力の付与という訴訟上の行為を意味することになるとまでは理解せずにこれを行っている。後でこれと異なる供述をしたら、一般人であればむしろ前の供述は反故にされるものと思っているであろう。これはいわば錯誤に基づく同意であって、訴訟上の行為として無効とすべきである。従って弁護人が説明し、弁護人も同意した上でなされた署名・指印を欠いた調書は違法証拠とみなされなければならない。

(44) 刑集20巻6号537頁。池田公博「約束による自白」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選[第10版]』(別冊ジュリスト232号)162頁以下参照。

(45) 福岡高裁昭和29年3月10日判決高裁刑事判決特報26号71頁。



の不起訴処分に附する旨の約束に基く自白は任意になされたものでない疑のある自白と解すべきでこれを任意になされたものと解することは到底は認めない。従つて、かかる自白を採つて以て罪証に供することは採証則に違反するものといわなければならない。」として任意性を否定したが、これに続けて「尤も検察官が一たび、不起訴処分を約束したからといい、他の捜査官憲に対する当該関係者の同一事項に関する自白が常にことごとく不任意に出たものと論断するものでないことは多言を要しないところであり、かかる自白はそれが以前の検察官の不起訴処分の約束に基因するものか否かの観点に立脚してこれを論結するを妥当とする。」とも述べて、任意性を否定する前提として約束と自白との間の因果関係を明確に要求していた。

しかし昭和41年判決はむしろこの部分は明示的には取り上げることをせずに、「本件のように、被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことは信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である。」とだけ判示した。この点を見る限り、約束による自白のケースにおいて類型的違法を見出してその証拠能力を否定・排除する立場と近接するものといえる<sup>(46)</sup>。

最近の事例では、警察官らが搜索も再逮捕もしない旨の約束により覚せい剤の隠し場所を聞き出したというケースがある。第一審の東京地裁平成25年3月7日判決<sup>(47)</sup>は、約束の存在を否定し被疑者が任意に供述したものだとする警察官らの供述の信用性を否定し、被疑者の供述の任意性も否定したものの、暴行・脅迫が用いられたわけでもないから違法性は重大ではないとして派生証拠たる鑑定書等の証拠能力は認めた。

即ち、当該利益誘導を伴う取調べは、警察官らにおいて「被告人が覚せ

---

(46) 反対、香川喜八朗「約束による自白」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（別冊ジュリスト174号）163頁。

(47) 判例時報2201号144頁。

い剤の隠匿場所を供述しなかったことから、何とかこれを聞き出して立件化しようと考え、手柄を上げようとしたものと推察され」、「被疑者の基本的権利である黙秘権をないがしろにするもの」であり、また「搜索差押許可状や逮捕状の請求権を有する警察官が上記のようなことを述べている点で利益誘導的である」、「被告人が覚せい剤の保管場所を述べなければ、捜査機関が両親に事情を聴きに行き、両親に迷惑がかかるという被告人の弱みにつけ込むものである」、更には警察官らが「そろって、当公判廷において真実に反する供述をして、被告人に対して行われた取調べの実態を隠蔽しようとした」ことは、「自分たちの行為の違法性を十分に認識していたことを示すものといえる」とその違法性を厳しく認定した。

しかしながらまた、「本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤所持を被疑事実とし、被告人方を搜索すべき場所として発付された搜索差押許可状に基づいて行われた搜索により発見されて差し押さえられたものであり、上記搜索差押許可状は、被告人が保管場所について供述したことを一つの疎明資料として発付されたといえるから、証拠能力のない供述と密接な関連性を有する証拠というべきである。」としながらも、取調べが長時間行われた末に獲得された供述ではなかったことや、その際「暴行や脅迫が用いられていないことに照らすと、取調べの違法性の程度は高くない」とし、更に「覚せい剤所持事案の重大性、覚せい剤所持事案において証拠物(覚せい剤)が証拠として必要不可欠であることなど、本件に現れた一切の事情を併せて考えると、本件覚せい剤が証拠能力のない供述と密接に関連することを考慮してもなお、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書等については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえない」、「被告人の黙秘権を侵害する違法はあるものの、本件搜索差押手続には、令状主義の趣旨を潜脱するような重大な違法があるとまではいえず、また、将来における違法捜査抑止の観点からその手続で得られた証拠を排除することが相当であるともいえない」と判断していた。

このように、まさに意図的に違法な取調べが行われたことが認定された場合でさえ、覚せい剤所持事案を重大だといい、証拠が必要不可欠だからとして証拠排除が否定されている。そこではまして刑事裁判で最も尊重されなければならない黙秘権侵害までがはっきりと認定されているにもかかわらず、暴行・脅迫が行われていないということをもって違法性が重大ではないとまで判示している。判決は何の理由も付さずに簡単に「将来における違法捜査抑止の観点からその手続で得られた証拠を排除することが相当であるともいえない」としたが、偽計や約束が暴行・脅迫と比べて用いる警察官にとって抵抗感の小さいものであるとすれば、それはむしろ「将来における違法捜査抑止の観点から」いえば重大であると考えなければならない。偽計や約束は暴行・脅迫と比べて証拠も残りにくく、用いられた側がそれが不当な手段であると感じにくいという潜行的な要素も備える分、発覚した場合に厳しい証拠排除を認めなければむしろ「将来における違法捜査抑止の観点から」不当なことになる。

控訴審である東京高裁判平成25年7月23日判決<sup>(48)</sup>は、取調べの違法性について原判決と同様に認めた上で、差し押さえられた覚せい剤や鑑定書等と被告人の当該供述とが密接不可分な関連性を有するのはもちろんのこと、「弁護人が正当に指摘するとおり、虚偽約束による供述が問題となる本件においては、その供述を得られた取調べ時間の長さや暴行、脅迫の有無を検討要素とする意味はなく、捜査官が利益誘導的かつ虚偽の約束をしたこと自体、放置できない重大な違法である」と断罪し、更には「当初から虚偽約束による自白を獲得しようと計画していたとまでは認められないが、少なくとも、被告人との本件覚せい剤のありかを巡るやり取りの最中には、自分たちの発言が利益誘導に当たり、結果的には虚偽になる可能性が高いことは、捜査官として十分認識できたはず」であり、また現に警察官らはその証言において違法性の認識があったことを自認しているとし

---

(48) 判例時報2201号141頁。

て、そうすると「違法な取調べにより直接得られた、第一次的証拠である問題の被告人供述のみならず、それと密接不可分の関連性を有する、第二次の証拠である本件覚せい剤、鑑定嘱託書、鑑定書及び搜索差押調書をも違法収集証拠として排除」しなければ、令状主義の精神が没却され、やはり「将来における違法捜査抑制の見地からも相当ではないというべきである」と判示した。

原審と控訴審との比較からも明かなように、無限定な比較衡量はどのような事例においてもその制約原理として機能しうることはないのであり、統一的な司法判断という意味においても、あるいは有意義な弁護活動という意味においても、そしてとりわけ黙秘権・防禦権の実効的な保護と当事者間の公平を一層図る意味において、「将来における違法捜査抑制」の方向に歩みを進めうような厳格な判断姿勢・判断枠組が必要とされていよう。

## （２）偽計による自白類型

偽計による取調べは防禦権・黙秘権を蹂躪し、任意性が欠落した供述を強取することで信用性皆無の虚偽供述を法廷に顕出させ、審判を誤らせるおそれが濃厚というほかないから、それ自体として重大な違法証拠類型である。

大阪高裁昭和42年5月19日判決<sup>(49)</sup>は夫婦が共謀の上拳銃を不法所持したとされた事案について、いわゆる切り違え尋問が行われたことを認めたものの、それだけでは違法視できず、真相究明のためにはやむをえない場合もあるとさえいい、獲得された自白も動機に錯誤があるだけだから虚偽を含む蓋然性は低いとして任意性を肯定した。

本件の取調べは、まず妻が自供していないのに自供したと欺いて夫に自白させ、これをもって更に今度は妻から自白を得た。

---

(49) 刑集24巻12号1693頁。

本判決はこのような方法について、「一種の偽計を用いたものであることは明らかであり、偽計により被疑者を錯誤に陥れて自白を得るという方法は、犯罪捜査が公正を旨とし、個人の人権尊重の上に立つて行われなければならないという観点からみて決して望ましい方法ではなく、できる限り避けるべきものであることについては多言を要しない。しかし、刑事訴訟法第1条も明言しているとおり、人権尊重とともに公共の福祉の維持という要請のあることを忘れてはならない。即ち、個人の人権保障と公共の福祉の維持との調和をはかりつつ事案の真相を明らかにするというのが肝要である。かかる見地に立つて考えるならば、偽計を用いた尋問方法は決して望ましいものではないにしても、単に偽計を用いたという理由のみでこれを違法視することはできない。けだし、頑強に否認する被疑者に対しては事案の真相を明らかにするためかかる尋問方法を用いることもやむをえない場合があり、偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れたとしてもそれによつて得られた自白は自白の動機に錯誤があるに止まり虚偽の自白を誘発する蓋然性は少いからである。換言すれば、偽計に虚偽の自白を誘発する蓋然性の大きい他の要素が加わった場合にのみ、よつて得られた自白は任意性なきものとして排除されるべきである」ところ、「他に虚偽の自白を誘発する虞のある事情は何ら認められないから、右尋問により得られた被告人及びその妻……の自白は何れも任意性があるものと認められる」とし、更には「その信用性も十分に認められる」とした。

本判決のように正面から違法な捜査も場合によっては許されるなどということ、現場の捜査官は別としても、裁判所が判示することは現在ではあまり考えられないかもしれない。しかし、比例原則による違法審査というのはこの考え方と結局のところ何も変わらない。むしろ本質において揆を一にしているのである。

また本判決は切り違え尋問のような偽計による取調べは動機の錯誤を招くだけで虚偽自白を招く蓋然性は少ないとした。しかし、相手が裏切った

と思って落胆して自暴自棄となりいいなりの自供をしてしまうとか、自分も話を合わさないと取調べが一層苛烈さを増すのではないかと懸念して虚偽の自供をしてしまうとか、自分の証言と符合しないがために相手の取調べが一層苛烈さを増すのではないかと懸念して話を合わせてしまうようなことも容易に考えられる。偽計による取調べ一般において動機の錯誤のみならず、無理な詐術・詐言を通して任意性が侵害され、その当然の結果として信用性の欠落も類型的に認められざるをえないのであるから、本判決の理解は虚偽排除の観点から見ても相当ではない。まして共謀のように客観的証拠が得られにくい要素については、偽計によって捏造された自白そのものによって認定されかねないのであり、任意性、信用性、虚偽排除のいずれの観点から見ても、偽計による自白に類型的な違法排除を考えない限り、容易に冤罪を生み出してしまうことになりかねない。欺罔的手段が積極的に利用されたケースにおいて取調べ・獲得証拠の違法阻却を認めうる余地はないというべきである。

本事案の上诉審である最高裁大法廷昭和45年11月25日判決<sup>(50)</sup>は、取調べにあたった検察官が「奥さんは自供している」と虚偽を述べた上で、更に「こんな事で二人共処罰される事はない」とほのめかして、暗に被告人が認めればむしろ妻は処罰を免れうるといった利益誘導をしている点を捉えて「被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下に作成された司法警察員に対する自白調書は、いずれも任意性に疑いがあるものといわなければならない」と判示して本件を差し戻した。動機の錯誤こそがむしろ虚偽の自白を誘発するおそれか濃厚だと看破している点に注意すべきである。

その後、地裁レベルの事案でも重要な注目すべきものがあつた。東京地

---

(50) 刑集24巻12号1670頁。

裁昭和62年12月16日判決<sup>(51)</sup>（いわゆるお茶の水女子大寮事件）では、住居侵入後の事後強盗強姦未遂の事案につき、警察官らが警察犬による臭気選別の結果が出ているに過ぎないのに、遺留品のデッキシューズから被告人の分泌物そのものが検出されたものと偽って、繰り返しその自白を得た。しかし履き古されたデッキシューズ底面素足痕も滲み込んだ体液の血液型も被告人のそれとはまるで異なるものであった。

取調べに被疑者が疲れ切ったタイミングを見計らって、「今の発達した科学では、人間の分泌物から、その細かく枝分かれした血液型を知ることができ、指紋と同様、同じ分泌物の人間は、一億人に一人しかいないが、その（本件デッキシューズの意）分泌物がおまえのと一致した。」と申し向けたというのであり、偽計は単なる偽計ではなく、最も効果を発揮するように用いられていた。

事案が重大であればこそ、任意性を害する取調べが招く誤った結論もまた一層重大なものとなる。比較衡量により任意性を認め信用性を認めた証拠によって基礎づけられた「真実」は、虚偽と人権侵害のおそれを内包したままである。比較衡量による差引分だけのプラスの合理的な疑いのない「真実」だけが後に残るわけではない。重大な公益にわずかに劣るとみなされたところの尚重大な虚偽と人権侵害のおそれは、未だ消えることなく合理的疑いとして内包されたままなのである。

---

(51) 判例時報1275号35頁。平田元「偽計による自白」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（別冊ジュリスト174号）164頁参照。同165頁は「自白の証拠能力が争われても、これが排除される事例はそう多くはない」といい、「これは、どのような立場をとるにしても、任意性あるいは違法の判断基準が複雑な点に加えて、これを争う被告人にとって、密室の中で行われた取調べの状況の立証が困難である点に起因する。この解消には、判断基準の客観化・明確化とともに、任意性をめぐる挙証責任が検察官にあるとの原則を厳格に守り、被告人はこの点につき主張責任で足りるとする運用を行い、あわせて取調べの可視化をはかることが是非とも必要である。」としており、本稿の主張と揆を一にするものであると思われる。即ち、本稿にいう違法証拠類型該当性が主張されこれが明らかに否定されるというのではなく認められる場合には、検察官が違法阻却のための諸要素の充足を具体的事実 に即して主張しなければならない。



### （３）長時間・長期間に亙る取調べ類型

東京高裁平成14年9月4日判決<sup>(52)</sup>はその事案と判旨において共に興味深い判例である。

そもそも任意同行後の9泊10日に亙る監視下での宿泊を伴う取調べの類型的違法性を阻却し、取調べを正当化しうる要素がありうるかについて、その例外的な違法阻却事由の有無が検証されるという順序において、本来あるべき原則・例外の枠組が基本的に看取されうる。

同居する内縁の夫の、同居する居宅内での殺害を疑われた被告人は任意同行に応じた後帰宅を許されなかった。居住していた居宅が殺害現場となったという事情はあったにせよ、宿泊を依頼できる友人も複数おり、警察官らも十分にそのことを承知していた。被告人が宿泊を望んだ事実を警察官らの証言は否定するが、その信用性こそ本判決により否定されている。

また宿泊中も至近距離から常時監視され、トイレにも同行され、電話も禁止され、警察署への移動も警察車両で送迎され、宿泊費用も警察が負担した。そのような中で早朝から深夜にまで及ぶ取調べが連日続けられた。

以上の通りの事実に基づいて、本判決は取調べの違法性について次のように判示した。曰く「警察の影響下から一度も解放されることなく連続して9泊もの宿泊を余儀なくされた上、10日間にもわたり警察官から厳重に監視され、ほぼ外界と隔絶された状態で一日の休みもなく連日長時間の取調べに応じざるを得ない状況に置かれたのであって、事実上の身柄拘束に近い状況にあったこと、そのため被告人は、心身に多大の苦痛を受けたこと、被告人は、上申書を書いた理由について、ずっと取調べを受けていて精神的に参ってしまった、朝から夜まで取調べが続き、殺したんだろうと言いつけられ、耐えられなかった、自分の家に帰してもらえず、電話などすべて駄目で、これ以上何もできないと思ったなどと供述しているこ

---

(52) 判例時報1808号144頁。廣瀬健二「取調べ手続の違法と自白」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（別冊ジュリスト232号）168頁以下参照。



と、被告人は、当初は捜査に協力する気持ちもあり、取調べに応じていたものと思われるが、このような長期間の宿泊を伴う取調べは予想外のことであって、被告人には宿泊できる可能性のある友人もいたから、被告人は少なくとも3日目を降の宿泊については自ら望んだものではないこと、また、宿泊場所については、警察は被告人に宿泊できる可能性のある友人がいることを把握したのに、真摯な検討を怠り、警察側の用意した宿泊先を指示した事情があること、厳重な監視については、捜査側は被告人に自殺のおそれがあったと説明するが、仮にそのおそれがあったとしても、任意捜査における取調べにおいて本件の程度まで徹底して自由を制約する必要性があるかは疑問であること等の事情を指摘することができるのであって、他方、本件は殺人という重大事件であり、前記のように重要参考人として被告人から事情を緊急、詳細に聴取する必要性が極めて強く、また、通訳を介しての取調べであったため時間を要したこと、被告人は自宅に帰れない事情があったことなどの点を考慮するとしても、本件の捜査方法は社会通念に照らしてあまりにも行き過ぎであり、任意捜査の方法としてやむを得なかったものとはいえず、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであるというべきである。」（下線筆者）と。

そして、この取調べの結果得られた供述書やこれから派生する自白調書について、「被告人にとっては、直前まで上記のような事実上の身柄拘束に近い状態で違法な任意取調べを受けており、これに引き続き逮捕、勾留中の取調べに進んだのであるから、この間に明確な遮断の措置がない以上、本件検察官調書作成時は未だ被告人が違法な任意取調べの影響下にあったことも否定できない。そうすると、本件自白は、違法な捜査手続により獲得された証拠、あるいは、これに由来する証拠ということになる。そして、自白を内容とする供述証拠についても、証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除法則を採用できない理由はないから、手続の違法が重大であり、これを証拠とすることが違法捜査抑制の見地から相当でない場合に

は、証拠能力を否定すべきであると考える。また、本件においては、憲法38条2項、刑訴法319条1項にいう自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等の取調方法自体における違法の有無、程度等を個別、具体的に判断（相当な困難を伴う）するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当であると思われる。本件自白は違法な捜査手続により獲得された証拠であるところ、本件がいかに殺人という重大事件であって被告人から詳細に事情聴取（取調べ）する必要性が高かったにしても、上記指摘の事情からすれば、事実上の身柄拘束にも近い9泊の宿泊を伴った連続10日間の取調べは明らかに行き過ぎであって、違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付与するのは相当ではない。本件証拠の証拠能力は否定されるべきであり、収集手続に違法を認めながら重大でないとして証拠能力を認めた原判決は、証拠能力の判断を誤ったものであるといわざるを得ない。」（下線筆者）と判示した。

本判決は本件事案の下においてということではあるが、取調べ自体の強制力が個別具体的にどのように任意性に影響・作用したかという判断が相当な困難を伴う判断であることをあからさまに認めた上で、取調べ過程の違法の有無・程度を考える方が判断基準として明確で妥当であるとも言明した点で注目に値する。

また違法排除について、「明らかに行き過ぎであって、違法は重大」としたが、取調べそのものについても同じようないい回しで「本件の捜査方法は社会通念に照らしてあまりにも行き過ぎであり、任意捜査の方法としてやむを得なかったものとはいえず、任意捜査として許容される限界を越えた違法なもの」としていた。「やむを得なかった」とか「許容される限界を越えた」というのは比例原則に即したいいい回しといえるが、こうした比例原則という判断基準はその任意捜査の違法が証拠排除を導きうるかど

うかの判断基準を提示していない。そこでは「明らかに行き過ぎ」とか「あまりにも行き過ぎ」といういわば絶対的な度合が改めて基準として持ち出されなければならないのである。

同じように違法に行われた場合、その権利・法益侵害の度合は当然強制力を伴う強制処分の方が一般的には大きくなると考えられる。場面・手段によってはそれは実質的な強制捜査として令状主義潜脱ということにもなる。

しかし任意処分そのものとしても、単に比例原則上違法だということとどまらず、本件のように証拠排除に至るような違法ということが考えられる。仮に本判決が自白だからとして違法排除法則ではなく自白法則の適用のみを認めていたとしたら、本件被告人は長期間の取調べで精神的に参っていたとしても、比較的早い時期から犯行を認めるなど抵抗もなく、それ故取調べ自体の苛烈さ・暴力性等も認められない本件においては任意性はむしろ否定され難かったように思える。

事案も重大であったことからすれば、「明らかに行き過ぎ」とか「あまりにも行き過ぎ」という評価が常に得られたとも思われたいことは原審が示す通りである。

本件のような長期間に互り監視下の宿泊を伴って行われるというものはや異常な取調べに関してでさえ、比例原則や任意性の侵害といった基準は十分に機能しうるものとはいえないのである。それはまさに、利益衡量を前提とした上での「重大」さ、つまりは具体的事情を勘案した上での「重大」さというのでは、結局直感的な、予測不可能な形での結論しか導き出されないということである。このような曖昧な基準によって判断される違法審査は、決して将来の違法捜査を抑制しえない。何が違法で何が適法かの指針を全く示すところがないからである。本判決が優越的に採用した違法収集証拠排除法則同様、自白の排除もまたいわば外形的・類型的な審査によって違法排除がなされない限り、大げさではなく、判例は判例たりえな

いとさえいうことができる。そして更に違法排除の審査もまた、利益衡量を前提としたような重大性審査では尚同じ批判が妥当するのであるから、原則的な違法と厳格な違法阻却事由の存否の判断によってなされるべきであって、このとき初めて判例は将来の違法捜査抑制という法1条の求める本来の役割を十全に果たしうることになると思われる。

#### （４）深夜に互る取調べ類型

大阪高裁昭和63年2月17日判決<sup>(53)</sup>は本事案における第一次の控訴審判決である。

被告人は午後9時20分頃に公園で職務質問を受けた後任意同行に並び、所持品の鍵に関係するロッカー内を確認するため案内に出た後翌午前2時頃派出所に戻り尚取調べを受け、更に追及され午前3時前頃窃盗を自白し、所轄警察署へ任意同行され取調べを受けると買ったと弁解し、午前4時頃再度自白して現場を案内した後午前5時半頃緊急逮捕され、弁解録取の後午前7時頃まで取調べを受け自白調書を作成されたが、この間退去や休憩を申し出たことはなかった。

深夜長時間に互る取調べを経た調書の任意性を否定しなかった原判決に対して、控訴審は以下のような評価を下した。曰く「このように、被疑者を徹夜で追及して自白させるような取調べ方法は、逮捕・勾留中の被疑者に対する場合であつても、これを必要とする特段の事情があつて相当と認められない限り、許容されないと解すべきであつて、まして、任意捜査の名のもとに行われたそのような取調べが、当然に是認されるとは、にわかには考え難いといわなければならない。」と。まして3000円相当のウイスキー1本の窃盗事案で重大な法益侵害のケースでもない。被告人がホームレスだったことを勘案しても尚強制捜査以上の取調べが任意捜査として許されるわけがなく、緊急逮捕によることも可能だった。「結果的には、令状主

---

(53) 高刑集41巻1号62頁。

義を潜脱して、強制捜査としても当然には許されない取調べを任意捜査に藉口して行つたとの非難を免れ難いものというべきである。」と。

そしてこのとき、「徹夜の取調べによつて得られたからといつて、自白の任意性の疑いが生ずることはない」とする検察官に対して次のように答えた。即ち、本件のように徹夜で休憩なしに取調べが行われたならば「そのこと自体が、被疑者の身心に著しい苦痛をもたらすと考えられる」から、「その後得られた被疑者の自白については、たやすく任意性を肯定し得ず、むしろ、このような自白には、他に、かかる違法な取調べの影響の遮断された状況で自白が得られたこと等特段の事情の存しない限り、任意性に疑いがあり、証拠能力がないものと解するのが相当である。」と。

徹夜での取調べが行われた場合には、それがもはや類型的・一般的に「被疑者の身心に著しい苦痛をもたらす」ものなのであるから「たやすく任意性を肯定し得ず、むしろ、このような自白には、他に、かかる違法な取調べの影響の遮断された状況で自白が得られたこと等特段の事情の存しない限り、任意性に疑いがあり、証拠能力がない」とする判断枠組は、本稿のこれまでの主張とほぼ一致し正当であると思われる。ただし、「特段の事情」の代表例として「違法な取調べの影響の遮断」を挙げている点は賛成できない。いわゆる人質司法下に置かれた被疑者について容易に影響の遮断を認めることは実情と反している以上、既述の通り取調べと証拠との間の関係は促進的因果関係で足りるものと解し、その遮断は真の意味において「特段の事情」が認められる場合に限られなければならない。従つて前判示中の「特段の事情」の要素となりうるのはむしろその「等」に含まれるべきところの、①緊急性、②証拠隠滅への具体的対抗（具体的必要性）、③違法意図、④補充性、⑤法益権衡の諸要件であり、これらを充足して初めて違法阻却・正当化されるというべきである。

本判決は結論として、自白調書の「任意性を肯定するに足りる特段の事情は存しない」し、睡眠後の調書についても「警察官の違法な徹夜の取調

べにより犯行を自白した者が、その後睡眠を与えられたのちに、同日、同一警察署の他の警察官に対し再度自白したからといって、それだけでは、右自白が前示の取調べの影響を遮断された状況のもとでなされたとは考え難い」として、容易にその影響の遮断を認めることはしなかった。またその後の検察官に対する弁解録取書や供述調書についても、「取調べの主体が、同じく捜査官であることにかんがみ、検察官において、警察官による前示のような違法な取調べの影響から被告人を脱却させるための特段の措置を講じていない以上、警察官作成の供述調書と運命を共にすべきものと解すべきである。」と判示した。

しかしこれに対して、差戻し後の第二次控訴審判決は正反対の結論を導いた。大阪高裁平成1年3月23日判決<sup>(54)</sup>は、差戻し後の原判決が上記遮断に足りる特段の事情として、被告人が検察官による取調べの際に警察の取調べについて訴えるところもなく取調べはスムーズに行われ、拘留所でも本を読むなどして過ごしていたことなどを挙げて、これらの事情から検察官に対する自白調書の任意性を肯定した結論を是認する判断を示した。

しかしこれでは第二次控訴審が「取調べの主体が、同じく捜査官であることにかんがみ、検察官において、警察官による前示のような違法な取調べの影響から被告人を脱却させるための特段の措置を講じていない以上、警察官作成の供述調書と運命を共にすべきものと解すべきである。」とした点に真っ向から反しよう。

第二次控訴審のような判断に陥る理由は、深夜長時間の取調べが典型的に違法であることを前提としていないからである。そのために、逆にその後特段の事情がないことを理由に任意性故の適法性が肯定されてしまっている。遮断されたといえる特段の事情が要求されたのは、先行する違法な取調べにより内心に植えつけられた絶望・自棄や恐怖・畏怖、不信・混乱

---

(54) 判例時報1321号158頁。高橋金次郎「違法な取調べによる影響の遮断」判例タイムズ823号41頁以下参照。

等が、外からはそうは見えなくとも容易には除去できないからである。取調べ段階での様々な諦めから一旦自白した被疑者・被告人が、公判段階に至っても尚、時には弁護人に対してさえ自白を維持しようとするところがあるのは、多くの冤罪事件が教訓として教えるところである。黙ってその後の取調べに応じたことを易々と影響が遮断された様子として理解することは危険であり問題がある。だからこそあえて「特段の事情」、「特段の措置」が要求され、この点の憂いを拭い去ることが求められているのである。そうであるとすれば、やはり違法類型の原則的な違法を前提として、これを阻却するのに足りる阻却事由・阻却要素の充足が事実在即して具体的に認定される必要がある。

#### （５）ミランダ警告不実施（黙秘権・弁護人依頼権不告知）類型

浦和地裁平成３年３月25日判決<sup>(55)</sup>は黙秘権不告知類型の事案である。判決が詳細に認定したように、本覚せい剤事案においては捜査官が当然作成したはずの証拠書類がいくつも紛失したとされており、そのことがまず捜査官側の証言の信用性を大きく低減させている。「ことさらに事実に対する供述をしている疑いが濃厚であるといわなければならない」と認定されている部分さえある。

「余程特別な事情でもなければ、通常想定し難い」書類の紛失については、「尿から覚せい剤が検出されなかったことを知って、右採尿・鑑定嘱託の事実を隠ぺいするため、ことさらに右手続関係の書類を破棄又は隠匿してしまった疑いが極めて強いといわなければならない」とされた。

このような「特異な事実関係」を経る中で、被告人が供述した以下のような内容、即ち警察官の取調べ中、黙秘権を告げられたことは一度もなかったこと。警察官からは弁護人選任権も告げられず、警察署で「弁護士

---

(55) 判例タイムズ760号261頁。柳川重規「黙秘権の告知と自白」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（別冊ジュリスト232号）166頁以下参照。

は必要ないな。」「いないな。」「頼まないな。」などと言われただけであること。接見禁止となっていなかったのに母親に手紙を書かせてもらえず、またようやく許された電話でも警察官が受話器を取り「お母さん、弁護士頼んでも今回は駄目ですよ。」などといって電話を切ったこと。調書が勝手に作成されたこと、等々の内容について、上記特異な事実関係を踏まえればこれらは信用に足りるものであり、従って被告人に対する本件取調べは「被告人の供述するような違法・不当な方法で行われた疑いがあるといわなければならない、その結果作成された員面は、いずれも、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定されるべきである。」との判示がなされた。

そしてまた、黙秘権告知のあった検察官の取調べ以降に作成された書面については影響は遮断される等の反論がありうることにしても、取調べ期間中一度もされなかったことは、黙秘権尊重の基本的態度がなかったために心理的圧迫から解放されえなかったことを推認させるという意味において任意性判断に重大な影響を及ぼすとし、弁護人選任権についても最大限に尊重されなければならない憲法上の権利であるから黙秘権不告知の場合と同様の意味を持つというにとどまらず、これを積極的に妨害する言動に出た疑いがあることも任意性を疑わせる重大事由というべきとされている。従って、影響を遮断する特段の措置も講じられていない限りは「その後作成された検察官に対する供述調書の任意性にも、原則として疑いをさしはさむべきである」ところ、検察官においては「被告人に対し、黙秘権及び弁護人選任権は、これを告知したと認められるが、右は、法律上要求される当然の義務を尽くしたというにすぎず、これだけでは、前記の意味における特段の措置を講じたことにならないのは、当然のことである。そして、同検事は、その取調べを行った当時、警察官が前記のような違法・不当な言動に出ていることに気付いておらず、これを是正すべき措置を何ら講じていないのであるから、そのことだけから考えても、被告人の検察官に対する本件各供述調書の任意性を肯定することは困難であるとい



わなければならない。」として、違法阻却は否定されている。「被告人の弁解に謙虚に耳を傾け、警察での取調べにおいて違法・不当な手段が用いられていないかどうかを真剣に聞き出そうとする態度に欠けるものであったことは、これを否定すべくもないと考えられる。」ともされ、基本的な防禦権侵害を伴った取調べの違法を易々と否定するような態度は明確に否定されている。

仮に取調官側がそのような影響遮断措置を講じ、これを証拠化しようとすることは甚だ容易なのであるから、それをしないままにしておいたにもかかわらずこれを裁判所が親切に憶測で補ったり、不都合を糊塗する形で違法阻却を認めるときには、将来の違法捜査抑制を図りうるどころかこれを促進さえすることになるだろう。

また、大阪高裁昭和53年1月24日判決<sup>(56)</sup>は弁護人依頼権不告知類型の事案であった。取調べにあたった警察官が弁護士費用を持参した被告人の母親にそれを持ち帰らせ、取調べに応じれば取り計らうといって被告人に協力を約束させたことは、「当然与えられるべき被告人の弁護人選任権を取引材料として、被告人に心理的圧迫を加え黙秘権を侵害して自白を強要した不当な取調べ」方法であったから、それ以後に作成された被告人の各供述調書は「不当な取調べにより被告人が余罪の取調べに応じることを約したことに基づく供述として、いずれも任意性に疑いがあり証拠能力がないものといわなければならない」と判示された。

弁護人依頼権や黙秘権といった基本的な防禦の権利は、一見あからさまな影響や因果関係が看取されない場合であっても、それが基本的なものであるが故に防禦県全体に根本的な影響を与えているのであって、簡単にそ

---

(56) 判例時報895号122頁。岡田雄一「黙秘権等の不告知と自白の任意性」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（別冊ジュリスト174号）167頁も参照。

の表面的な様相から人権侵害を否定するようなことがあってはならない。取調べ側に即していい換えるならば、参考人の取調べや実況見分から制約されてしまうようなもののだといえれば理解しやすいのではなからうか。どんなに緊急な事情があったとしても、いわば当事者主義的刑事訴訟の根幹に関わるこれら基本的権利をないがしろにする取調べについては、その違法性の度合は常に重大というほかなく、それは証拠との間の因果関係や具体的な任意性についての吟味を俟つものでははやないのである。

## 5 搜索・所持品検査における違法証拠類型

搜索や所持品検査における違法証拠類型についても、先に挙げた通り次のようなものがある。

- ①各種令状主義違反類型
- ②プライバシー権侵害類型
- ③弁護人の立会いなし類型 等々

ここではこのうち、前二者について具体的事例に即して見ていきたい。

### （1）令状主義違反類型

最高裁第二小法廷平成15年2月14日判決<sup>(57)</sup>のケースでは、すでに窃盗の事実での逮捕状が発付されていたにもかかわらずこれを携行することなしに強制的な逮捕行為に及び、それどころか当該令状が適正に呈示・執行されたかのように装う捜査報告書の作成や偽証までがなされた。更に当該違法逮捕後に採尿・尿鑑定書が作成され、その疎明により発付された覚せい剤取締法違反被疑事件での搜索差押許可状と以前からの窃盗での許可状が併せて執行されて覚せい剤が押収された。

本判決は、「本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜

---

(57) 刑集57巻2号121頁。

脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと思われるから、その証拠能力を否定すべきである」として尿の鑑定書を証拠排除した。

ただし、捜索により押収された覚せい剤については、「司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであること」に鑑みて密接関連性が欠けるとして違法の重大性を否定し証拠排除しなかった。

本件逮捕は令状主義の精神を潜脱したということとどまらず令状主義を愚弄しこれに唾棄したというべきケース<sup>(58)</sup>であり、緊急性もおよそ認められず違法の重大性は顕著である。

また覚せい剤を証拠排除しない理由として挙げられた司法審査は違法な鑑定書を決定的な疎明資料としてなされた<sup>(59)</sup>ものであるし、すでに発付されていた許可状によりなされるべきであった捜索も、違法逮捕に伴って行われえたとの捜索と同一視されこれもまた違法性を帯びるといわなければならないのであるから、すでに違法性を帯びた捜索をそのような事情を踏まえていない事前の令状によって適法化することはできず、いずれの事情も理由とはならない。令状理論的に考えても、覚せい剤の押収が覚せい剤事案の令状の効果の下でなされたものであることは少なくとも排除され

---

(58) 合田悦三「先行手続の違法と証拠能力（２）」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（別冊ジュリスト232号）209頁も「警察官らは緊急執行の方法を意図的に排除しており単なるミスではないこと等からすれば、逸脱の程度は大きい。」という。

(59) 大澤裕「違法収集証拠の証拠能力（３）」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（別冊ジュリスト174号）141頁もすでに「令状請求の疎明資料が違法に収集されたものである場合、本来令状は発付されてはならず、仮に発付されても違法無効であるとの見方も成り立ち得る」という。

ないはずであるから、むしろその直接的な関連性が肯定されざるをえない。

更に、違法捜査と証拠との間の密接関連性が欠ければ証拠の違法性が希釈されるということ自体に理由がない。本判決は注目すべきことに、覚えい剤押収の適法化・正当化を認める根拠となる事情として、あくまで令状主義に関わる事情を挙げており、この意味では正当である。しかしこれら介入事情は何ら先行する捜査の違法を踏まえたものでも、積極的にその影響を遮断するものでもない。なぜ本来積極的に影響を遮断しうるとの特段の手段が講じられることが必要なはずの捜査の違法性について、その一環にほかならない証拠と証拠との間の関係性においては、突如として密接な関連がなければ良いということになりうるのだろうか。捜査と証拠との結びつきを強く捉えている一方で、証拠と証拠との間だけ容易に希薄化を認める態度は、そこに捜査官の介入即ち人的な介入がなく物的なつながりしかないことを捉えて、悪意のないいわば弱い関連性のみを認め、それ故に影響・関連性の遮断を容易に認めているものと思われる。しかしむしろそこには人的意思の介入がなく、積極的な遮断の手段が特段講じられることがおよそないというのであるから、影響・関連性はそのまま維持されたものと解すべきであり、証拠と証拠とのつながりの中に何ら違法性を希釈化する要素はないのである。直接ではなく間接的だから希薄化されるという一般的ないい回しがなぜここでもそのまま妥当しうるのか。妥当しうるとすればその具体的な理由こそが示されなければならないだろう。後行の手続や証拠が先行の違法の認識から隔絶しているとすれば、先行の違法が解消されたりその影響が遮断される景気や違法が意識されるよすがさえ失われているということであるから、まして維持された違法は逡巡躊躇なく引き継がれ、更に拡大しうるのである。違法阻却要素の充足がない以上、違法は承継されるのみであり、希釈化されるというのは全くの比喩的な言い回しでしかない。希釈化されるというならば、その実質である影響の遮断が特段になされたことが少なくとも具体的に示されなければならない。

札幌高裁平成26年12月18日判決<sup>(60)</sup>のケースも同じく覚せい剤事案だったが、その使用の嫌疑が濃厚な被疑者に対して深夜長時間に亙る車両内への留め置きが問題となったものである。

半年前にも同種事案での逮捕歴のあった被疑者の所持品からは新しい血の付いたティッシュや注射器の包装袋が見つかり、また注射痕を隠す等の挙動もあり、採尿令状請求の準備が開始された後、警察官らは4時間近くに亙り警察車両内に閉じ込め、被疑者が外に出ようとすれば有形力を用いて押し込むことを数度に亙り繰り返した。

本判決はこれらの措置について、「長時間にわたり被告人の移動の自由を過度に制約したものとして、任意捜査の範囲を逸脱した違法なものであったと評価せざるを得ない。」とし、その理由として、「被告人の降車を許したとしても、警察官が、被告人から離れることなく、その動静を厳重に監視することなどにより、罪証隠滅行為を防ぐことは可能であったと認められる。したがって、被告人の所在確保や罪証隠滅行為の防止の必要性を勘案しても、有形力を行使して、本件警察車両からの降車を許さなかった措置を正当化することはできないというべきである。」などと判示した。

本件措置が「緊急性を欠いた」ものであり、また「具体的な証拠隠滅行為や証拠散逸の事態に対抗してなされた」ものでも「およそ補充的なもの」でもなく、「比例原則・法益権衡を逸脱し過剰だった」ことが、その違法性認定の理由とされている点は妥当である。しかしそうであれば証拠排除を認めなければならなかったというべきである。

被疑者が雑談に応じていたことを取り上げて退去の意思が明確でなかったなどと認定するのは、あまりに被疑者の不利益に偏った認定というほかない。若い女性一人を複数名の警察官で車内に押しとどめ、有形力をも行使していた、そのような状態が深夜午前4時頃から早朝7時過ぎに至るまで4時間弱継続した状況は監禁というほかない強度のものであって、刑法

---

(60) 判例タイムズ1416号129頁、高裁刑裁速報集（平26）号205頁。

上の違法性さえ認められかねないものである。また、令状請求の準備を比較的早期に開始したことをもって令状主義潜脱の意図がなかったとも判示するが、逮捕許可状とは異なり、当該採尿令状は留め置きそのものを正当化するものではないのであるから、令状主義潜脱の意図がなかったとする理由には該らないというほかない。むしろ被疑者がかけた電話の相手と話そうとしなかったことなどは、長時間の留め置き行為の違法性、令状主義違反を指摘されることを意図的に避けようとしたものとみなすことができ、若い女性一人を複数名の警察官で有形力を繰り返し用いて車内に押しとどめたことも考え合わせれば、任意捜査の範囲をわずかに超えたなどという評価は全く該らないものといわなければならない。

尚、本判決は令状請求段階に至れば嫌疑の濃厚さ故により強度の留め置きも許されるとの主張を明確に否定した。

このような主張こそが、本稿が厳しく批判してきた比例原則の、度を越した濫用の極みというべきであるが、しかし残念ながら比例原則の内実にはこのような主張を許す性格があることもまた否定できない。本判決が明確な態度でこれを批判した通り、このような主張はいわば令状主義そのものまで相対化することを意図するものといわなければならない。刑事訴訟法のみならず憲法の要請まで相対化・希薄化しようとする点で悪質とさえいうべきである。本判決がまさに「警察官の判断時点を境界として、許容される留め置きの程度に有意な違いが生じるものと解することは、必ずしも説得力のある立論ではないというべきであり、所論のような判断枠組みによって留め置きの適法性を判断すべきであるとは考えられない。」と明言したように、いわば現場の捜査官に令状審査に相当する判断の一部を実質的に移管させようとする試みにほかならないものというべきであり、憲法35条2項「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。」に真っ向から違反する主張といわなければならない。

## （２）プライバシー権侵害類型

最高裁第一小法廷昭和53年9月7日判決<sup>(61)</sup>の事案は、深夜覚せい剤中毒の疑われる挙動不審者に職務質問中、警察官らが「刃物ではないが何か堅い物」が入っている感じでふくらんでいたポケットに承諾を得ずに手を入れて中身を取り出し、あるいは脇の下にはさんであつた物を取り出したというケースであつた。

ポケットに手を入れて中身を取り出すというプライバシー侵害の程度の高さ故に相当性を欠き違法とされた所持品検査によって得られた証拠物の証拠能力につき、本判決は「憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」とした上で、本件行為については「職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性<sup>(62)</sup>が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた<sup>(63)</sup>被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであ

(61) 刑集32巻6号1672頁。堀江慎司「違法収集証拠の証拠能力（1）」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（別冊ジュリスト174号）136頁、小木曾綾「証拠排除の要件」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（別冊ジュリスト232号）204頁参照。

(62) 緊急性の認定を基礎づける具体的な事情についての言及は見当たらない。

(63) 諾否の態度が明白ではなかつたことがなぜ正当化事由になるのか理解し難い。相手が殴らないでくれとはっきりいわなかったから殴ってもさほど悪くないとするのと同じことになる。判決のような解釈は、そもそも捜査活動が原則適法だという発想に基づいて初めて成り立つ。元々十全に適法だから多少違法があっても尚適法だという理解である。しかし捜査活動は適法性要件を完全に充足しえて初めて正当化・適法化されるものであって、逮捕・勾留が逮捕・監禁に該当する行為だというだけでなく、職務質問、所持品検査、留め置きなどもつきまとい・ストーカーに該当する行為であり、むしろ法令の定める要件を満たさない限りは他人の権利侵害を伴う違法な行為だという前提的な理解が不可欠である。つきまとい、ストーカーをした上で、更にはっきり断らないからといって他人のポケットに手を入れ持ち物を奪ったのであるから、違法性はむしろ増していると評価されなければならない。

つて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」と判示した。

この基準については様々に論じられてきたところであるが、「令状主義の精神を没却するような」とはいい換えれば「令状主義を潜脱する意図でなされた」ということに尽きよう。令状主義の「精神を没却」とは、これを無視したということにほかならない。従って結局のところ、これを潜脱する意図さえなければその「精神を没却」したことにはならないから、意図的でなければ証拠排除はされないことになる。「将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる」というのも、意図的でなかったならばまたまた起こったということであるから招来直ちに繰り返されるということにはならないが、意図的であったなら将来また繰り返されることが予想されるからこれを抑制しなければならない。このように、意図的なら排除され、意図的でなければ排除されないということに結局のところ至ると理解するのが最もシンプルで且つ論理的である。

先に最高裁第二小法廷平成15年2月14日判決の部分でも触れたように、そこでは毒樹の果実について密接関連性を基準としており影響を遮断する特段の措置が要求されていないこと、それは人的意思連関よりも物的連関を弱いものと見る態度があることを指摘したが、つまりここでは反対に人的・主観的な潜脱の「意図」にこそ重きを置いているのである。しかしこのような主観的違法論は裁判所の捜査機関に対する信頼の表明でしかなく、違法排除の審査枠組として結局捜査官の意図という主観的要素のみで決せられてしまうというのは失当というほかない。

違法捜査・違法証拠審査における保護法益は被疑者・被告人の防禦権で



ある。証拠や捜査の適法・違法の審査があくまで客観的観点からなされるものであることを否定しない以上は、その評価基準の中心にはいかに防禦権が侵害されたかということこそが置かれなければならない。捜査官の意図はその侵害態様の悪質さの評価に加味されうるとしても、全く決定的なものではなくごく副次的なものである。防禦権という法益の保護にとって、その侵害が故意によるか過失によるかは、本来当該捜査官を主体として非難すべきかどうかという人的な責任判断としての意味しか持ちえないのであり、法益侵害という当該行為の違法性の判断にとってはほとんど重要ではない。「将来における違法な捜査の抑制」というとしても、それは当該捜査官個人に対する抑制が企図されるかどうかではなく、捜査官一般において同種行為が反復されないという見地なのであるから、当該個人が意図的であったかどうかには左右される理由はないのである。意図的であろうとなかろうと同種捜査による違法証拠は排除されるという結論が出て初めて、捜査官一般に対して同種違法捜査の将来における抑制が果たされうる。あえて比喩的にいえば、捜査は違法だったが証拠は排除されないというのは、構成要件には該当したが違法阻却されたというのに等しく、それは結局無罪だったということになる。このような結論が特別予防効果のみならず一般予防効果も持ちえないことは明らかであろう。

今見てきた最高裁第一小法廷昭和53年9月7日判決は違法収集証拠排除の先鞭をつけた意義は評価すべきであるものの、既述の通り「潜脱意図」如何により令状主義の「精神を没却」したかを判断基準とした点で甚だ不十分であったことも確かであり、その主観的違法論の問題性はその後の上掲最高裁第二小法廷平成15年2月14日判決に至るまで影を差し続けてきた。そのことにより、捜査時の客観的事実以上に、捜査官が法廷で証言する際の隠蔽や虚言を駆使する態度といった状況証拠によって捜査時の違法が評価されるような判断さえなされてきたともいえる。

しかしその後、「令状主義の精神を没却」したかどうかを正しく、①緊急性、②証拠隠滅への具体的対抗（具体的必要性）、③違法意図、④補充性、⑤法益権衡、等の諸要件の具体的吟味によって厳格に判断し、比例性による緩やかな評価に甘んじず、令状主義違反との認定も辞さない下級審判例が登場している。そこではむしろ捜査活動の客観的違法が具体的事実 に即して評価されており、「潜脱意図」や「令状主義の精神を没却」といったフレーズは単に違法だという結論を表現する修辞となっている。

東京高裁平成30年3月2日判決<sup>(64)</sup>は、走り出した被疑者をタックルするようにして取り押さえた後1時間に互りベルトを掴んで留め置いた行為については、被疑者が電話をかけるなどできていたから意思の制圧<sup>(65)</sup>はないなどとして違法性を否定した。

しかし、被疑者が知人に渡そうとして放り投げた閉じられたバッグを勝手に開披し、中身を取り出し写真撮影した行為については、これと密接に関連する証拠物並びに鑑定書の証拠能力を否定した。

本判決につきまず注目すべき点は、バッグ開披等行為についてとりわけその緊急性を厳密に審査している点である。後で潜脱意図を認定していることから明らかなように、本件開披等行為はすでに意思の制圧に達した強制処分として扱われている。つまり任意処分としてその比例性を問う中で緊急性を論じているのではないのである。これは次に見る大阪高裁平成30年8月30日判決でも同様である。

本来であれば、まず「意思の制圧」の有無により任意処分か強制処分かが分けられ、任意処分なら緊急性・必要性・比例性に即して違法性が問われ、強制処分なら重大違法に該るかにより証拠排除が問われる、という流れのはずである。つまり、緊急性・必要性と重大違法・潜脱意図とが並列

(64) 判例時報2393・2394号合併号63頁、判例タイムズ1456号136頁。

(65) 意思の制圧の有無は意思自由一般について評価すべきではなく、移動の自由に即して評価すべきであり、妥当でない。

的に論じられることはないはずなのである。緊急性・必要性が先に論じられているとしても、その時点でもはや「意思の制圧」に基づく強制処分性は否定されているのであるからそれ以上重大違法・潜脱意図を論じる余地はないはずである。

にもかかわらずこれらが並列的に論じられているのは、無令状での「意思の制圧」と重大違法とが実質的に一致するものであるから、必要性・緊急性の欠如という任意処分上の違法や潜脱意図といったことを加味した評価によって重大違法が認定されれば、そのことが翻って「意思の制圧」があったことの認定を意味するという構造にあるからである。このことから、任意処分と強制処分の違法を連続的に捉えなければならないことが明らかとなる。

このような思考枠組が判例上もいわば自然発生的に浮かび上がってきた理由としては、まさに捜査の違法が阻却される事由があるとすれば、それはまず第一に緊急性であり、そしてまた具体的必要性であり、遵法意図であり、補充性であり、そして最後に法益衡量であるといった、違法証拠類型に該当する捜査活動の正当化のための論理や構造を的確に捉えようとする姿勢から生じてきたものと考えられる。

本判決は、警察官らが「被告人が、本件バッグをBの方に投げた午後4時49分のわずか1分後である午後4時50分には、本件バッグを開披して内容物の確認を開始しており、この間、被告人に対して承諾を求めて更に説得を続けることもしていない。」などと具体的な事実も厳密に踏まえた上で、「そうすると、被告人の周囲に多くの警察官がいたことも含め、本件当時の現場の状況からすれば、被告人がBの方に向かって投げた本件バッグをBや第三者が持ち去る危険性はさほど高くなく、本件バックの自身を至急確かめなければならないような緊急性があったとは認められない。また、当時の現場の状況において、被告人が、銃器や爆発物等の危険物を所持している可能性が高かったとは認められないから、その意味での

緊急性も認められない。原判決は、この点について、本件バッグ内に覚せい剤等の違法薬物が入っている疑いが相当強まっていたので、警察官が所持品検査をする必要性、緊急性は高かったと判断しているが、既に検討したように、当時警察官らが有していた嫌疑はそこまで具体的ではなかったし、所持品検査をする緊急性が高い理由については特に指摘しておらず、原判決の判断は是認できない。」と判示した。違法審査の姿勢として厳格なものがあり、将来の違法捜査抑制の見地において注目するに値しよう。

また本判決は潜脱意図を支える具体的事実の認定として、「警察官らは、それまで所持品検査を頑なに拒否していた被告人が約4メートルしか離れていない場所にいるのに、被告人の承諾を得ようともせず本件バッグを開披しているものであり、しかも中を一べつするに留まらず、全ての内容物を一つ一つ取り出し、取り出した封筒の中に入っていた本件覚せい剤まで取り出して、その写真撮影までしているのである。したがって、この場合、本来令状なしに捜索をすることが許される場合でないことは、通常の警察官であれば容易に判断できたと認められる。にもかかわらず、被告人が本件バッグを投げた1分後に、Bの立会いを求めたとはいえ、本件バッグを開披して中を見たことは、警察官らの令状主義に関する諸制度を潜脱する意思があったことを強くうかがわせるものである。原判決は、警察官らに令状主義に関する諸規定を潜脱しようとする意図があったとは認められないと判断しているが、上記の事情に照らせば、その判断は是認できない。」と判示した。

令状もなく、承諾もなしになされた開披等の行為につき、直ちに遺留物として領置したといういい訳を一蹴して、むしろ通常の警察官なら令状を当然要するとわかるところを、それを一顧だにしないですぐに捜索を開始したというのであるから、まさに潜脱する意図によるとしか評価しようのない態様であったということであろう。本件のような行為は潜脱というよりもむしろ令状主義や令状審査といった司法統制それ自体に対する軽視・

愚弄の態度であり、これを裁判所が是認すればそれはもはや司法統制の放棄であり、外からは司法の矜持の放棄にさえ見える。

こうした本件の無令状捜索に至った行為が、①緊急性もなければ②具体的な必要性もなく、③潜脱意図以上の軽視の態度さえ認められ、④補充性も⑤法益権衡<sup>(66)</sup>もおおよそ認められなかったことからすれば、このようなケースについてまで殊更に違法排除を認めない原判決のような姿勢は、もはや司法統制の意義を裁判所内部から瓦解させるものだといわざるをえない。

最後に、上掲最高裁第一小法廷昭和53年9月7日判決は、被告人において「必ずしも諾否の態度が明白ではなかった」ことを違法減少の理由の一つとしていたが、この点についても本判決は「なお、被告人は、本件バッグを投げた後、警察官らが本件バッグを開けて中を見ようとしている際に、積極的に異議を述べていないことが認められるが、これは、警察官らの行為を黙示に承諾したものとは到底認められないから、上記の証拠能力の判断には影響を与えない。」と明言していたことも指摘しておかなければならない。

大阪高裁平成30年8月30日判決<sup>(67)</sup>も警察官らによる無令状でのプライバシー領域への立ち入りを意思の制圧というに足る重大なプライバシー侵害であり、令状主義の精神に悖るものとした。

原判決は警察官らが所持品の返還に応じなかったことについて消極的に了承を得たと評価し、令状請求段階に入っていたことから了承のない建物内への立ち入りも必要性が高かったとし、被疑者から許可を得たと思って共用部分に限って立ち入っている点で潜脱意図も認められないとした。

これに対して本判決は、共用部分もまた住居に準ずる私的領域である以

---

(66) 本判決はこの点に関して「承諾なく開披して、その内容物を取り出し、写真撮影するというプライバシー侵害の程度が大きい態様で行った」と認定している。

(67) 裁判所ウェブサイト。

上建築物侵入に問われかねない行為だったとし、明確・強固に拒んでいたことからして消極的に「承諾があったなどとは到底いえず」「意思を制圧するものであった」ともいい、令状執行の支障になるから施錠させなかったという主張に対しては「必要な処分」の手間を惜しんだのは「捜査側の都合を過度に優先させるものであって、必要性・緊急性を基礎づけるものではない」以上、棒を差し込んで施錠させなかったことは「住居そのものへの侵入と比肩するほどの違法性があるというべき」と判示した。

ここには明らかに、捜査活動といっても、それが①緊急性、②具体的必要性、③遵法意図、④補充性、⑤法益権衡、などといった正当化要件を満たさない限りは、建築物侵入・住居侵入といういわば違法行為類型にさえ該当しうる行為であるという前提的な理解のあることがわかる。まさにその通りであって、捜査活動は任意レベルであってもつきまとい・ストーカーといった違法行為に該当・相当するものであり、強制に互れば不法侵入・建築物損壊、窃盗・横領、逮捕・監禁、暴行・脅迫にも相当いや該当しかねないものであることが再度顧みられるべきである。だからこそ違法証拠類型該当性が疑われる行為は優に原則違法であることが認められるのであり、法によって捜査機関のみに許容された強制処分を司法統制を潜脱して執行すること自体がすでに将来の違法捜査を徴表するに十分な重大な違法の実質を備えた行為だといわなければならないのである。

更に本判決に即して二点付言したい。一つには原判決が、警察官らが所持品の返還に応じなかったことについて消極的に了承を得たと評価した点について、本判決が「承諾があったなどとは到底いえず」「意思を制圧するものであった」と判示した点である。被疑者が抵抗しても罅が明かないと思いついていわば無力化されたことをもってこれを消極的了承などとしてしまえば、もはや「意思の制圧」を認める余地はなくなってしまう。「意思の制圧」があるかどうかは任意かどうかの基準なのであるから、具体的対象に即して判断されなければならない。通常より強度の低い働きかけで

あろうと、それが相手にとって意思の制圧に足りる程度のものであれば、やはり相手の対応はもはや任意によるものではないのである。従って、相手の抵抗をあきらめさせたということこそがまさに「意思の制圧」だといわなければならない。令状によらない「意思の制圧」が令状主義違反の違法な強制処分であることはいうまでもない。違法阻却要件に即していえば、④補充性・⑤比例性の欠如といえる。

もう一点は、本判決が令状主義の精神没却相当の重大性を認定するにあたり、潜脱意図があったとまでいえなくても、憲法35条上のプライバシー<sup>(68)</sup>や住居の不可侵に対する「無配慮な態度」や「確信的な侵害行為」であるならば、「重大なものといわれてもやむを得ない」し、「これを放置できるものではない」と判示した点である。

すでに繰り返し指摘してきた通り、「潜脱意図」という人的・主観的違法を令状主義精神没却如何の判断の中心に置いてきたことは、客観的事情の軽視と法廷での組織的虚言・糊塗の跋扈を赦し、将来の違法捜査抑制に何ら寄与しないまま、むしろ違法捜査を再生産し続ける原因とさえなってきたといえる。それ故に、本判決のように潜脱する意図を絶対視せずにむしろこれを相対化して、そこまで行かなくても令状主義によって保障される権利への「無配慮」さであったり、違法行為であることを「確信」的に認識していたことが認められるだけでも、令状主義の精神を没却する重大な違法の程度に達していると判断したことの意義は大きい。潜脱意図まで

---

(68) GPS捜査事件大法廷判決（最高裁大法廷平成29年3月15日判決刑集71巻3号13頁）で注目されたように、憲法35条上のプライバシー権の保障はまさに刑事訴訟法1条において「全う」すべきとされた基本的人権の中核をなしうるものであろう。なぜならそれは「公共の福祉の維持」や刑罰権の実現・捜査の必要といった公益により容易に相対化されてきた刑事手続特有の黙秘権や弁護人・証人に関わる刑事人権とは異なり、憲法13条と通底する人格権としての刑事人権であることにより、被疑者・被告人というある意味で特殊な立場に立たされた人の特殊な権利の保障ということではなしに、そうした立場にはない市民一般と変わらないレベルにおいて市民一般と同様にプライバシーに関わる基本権が保障されなければならないということになるからである。

はなかったということがことさら違法性を阻却させうる積極的な要素とされてきたこと自体がバランスを失っていたというほかないのであって、刑事訴訟法1条にいう個人の基本的人権の保障をも全うすべきとの観点からすれば、違法な捜査によって人権侵害を強いられた側にとって何ら与り知らない捜査官の主観的意図を考慮する理由がそもそもないといっても良いくらいである。それはせいぜい遵法意図を尽くしたと認められる場合によるやく初めて考慮するに値する程度の消極的な意味しか本来持ちえないものであり、違法性判断はむしろ具体的な緊急性・必要性・補充性の充足といった客観的指標こそを中核としてなされるべきである。

## 6 結語

司法が違法の限界を明示せずにおきながら度を越えているとして捜査を断罪することは、現場の捜査官にとって納得のいかないものであろう。限界を明確に設定することで、現場の捜査官はその限界をはっきりと認識しながら、そしてその捜査の適法性に確信を抱きながら、粘り強い捜査を行うことができるものと思われる。将来の違法捜査抑止の見地からは是正を促されているのは、一人捜査活動のみならず、むしろ違法証拠審査に臨む裁判所の姿勢の方であるともいえる。取調官・捜査官らの組織的偽証の看破が裁判所の能力に余るものである以上、これを証拠能力評価における違法性・任意性判断の基礎としうるとすることは自己矛盾・論理矛盾ともいえるのであるから、証言の変遷・欠落・矛盾といった具体的徴候を伴う中でさえ潜脱意図といった主観的違法判断で十分として、類型的違法捜査活動に対して違法阻却要素の充足如何も顧みないときには、合理的疑いの晴れない虚構の上に有罪認定をすることにもなりかねないということを自覚すべきであろう。



## 第4節 再審請求の三要件

### 1 はじめに

再審に関して、法的安定性ばかりを強調することは相当であろうか。

見方を変え、冤罪者の立場からすれば、本当は「無罪とすべき」証拠があったにもかかわらず、捜査が十分に尽くされることもなく、起訴価値についての適切な検討がなされることもなしに起訴された挙句に、裁判所もまた証拠が不十分であることに思い至ることもできずに有罪認定をした、ということにほかならない。

このとき、再審請求審はいわば再審公判に向けて、新証拠に証拠能力が認められるかどうかだけを判断すれば足り、その信用性の判断については再審公判においてなされるべきであると考えられることもできる。

あるいは「合理的な疑いを超える証明」に照らしていえば、請求審において新証拠による「疑いの合理性」が確認されさえすれば、これを「超える証明」があるかどうかは再審公判で検察官において再び責任が尽くされるべきである、ともいえる。

こうしたことは、あまり検討されていないが、実はファルサ型との比較においても考えることができる。「原判決の証拠となつた」証拠方法・証拠資料<sup>(69)</sup>の信用性が失われたときに再審開始を認めるのがファルサ型の場合だが、その証拠方法・証拠資料がなかったとしても他の証拠から有罪が維持されるなどといったかさ上げ評価は想定されていないはずである。逆に、再審公判でそのように評価されて有罪が維持されることも当然ありうる。6号の場合にだけ、当該新証拠に再審公判での無罪を約束させるような高度の信用性を求めるのはバランスを欠く。

つまり、明白性を高く要請するときには、法的安定が高く保たれるのと同時に、無くし切れない誤った有罪確定判決から救われるべき無辜にとつ

---

(69) 昭和61年（た）第1号63年7月19日大阪地方裁判所堺支部決定（貝塚ビニールハウス事件再審開始決定、判例時報1315号146頁）参照。

ての壁もまた高くなる。この犠牲において図られる法的安定であれば、それはもはや安定の名に値しない。

刑事訴訟法において「明らかな」という文言が使われるのは、435条6号に限ってのことではない。以下の通りである。

24条1項	訴訟を遅延させる目的のみでされたことの明らかな忌避の申立は、決定でこれを却下しなければならない。この場合には、前条第三項の規定を適用しない。第22条の規定に違反し、又は裁判所の規則で定める手続に違反してされた忌避の申立を却下する場合も、同様である。
124条1項	押収した贓物で留置の必要がないものは、被害者に還付すべき理由が明らかなときに限り、被告事件の終結を待たないで、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、決定でこれを被害者に還付しなければならない。
314条1項	被告人が心神喪失の状態に在るときは、検察官及び弁護人の意見を聴き、決定で、その状態の続いている間公判手続を停止しなければならない。但し、無罪、免訴、刑の免除又は公訴棄却の裁判をすべきことが明らかな場合には、被告人の出頭を待たないで、直ちにその裁判をすることができる。
347条1項	押収した贓物で被害者に還付すべき理由が明らかなものは、これを被害者に還付する言渡をしなければならない。
385条1項	控訴の申立が法令上の方式に違反し、又は控訴権の消滅後にされたものであることが明らかなときは、控訴裁判所は、決定でこれを棄却しなければならない。
410条1項	上告裁判所は、第405条各号に規定する事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければならない。但し、判決に影響を及ぼさないことが明らかな場合は、この限りでない。
435条6号	有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき。

いずれも高度の明白性を求めるものではないといえる。例えば385条1項の「明らかな」については、「公判を開いて審理をするまでもなく、その事由の存在を十分信頼できる程度の一応の心証を生じさせる状況が存することを意味し、反対にそれについて疑いを生ずるような場合は明らかではない」<sup>(70)</sup>などとされる。

(70) 松尾浩也監修、松本時夫・土本武司・池田修・坂巻匡編『条解 刑事訴訟法（第4版増補版）』1045頁。

再審請求審・再審公判のあり方については、積極・消極の判断を示した数々の判例を対象として様々に論じられてきているところ、近時の判例の状況を概括的に振り返る中で問題意識を明確にした後、自説の試論を展開することとしたい。

## 2 判例の検討

再審開始を認めた原決定を取り消した三判例をまず取り上げる（以下、判例の事案の紹介は省く）。ここで確認されるのは、限定的再評価と実体に乏しい名目的な総合評価である<sup>(71)</sup>。

### （1）国税徴収法違反事件

原審の再審請求棄却決定に対する即時抗告審である大阪高裁平成27年10月7日決定<sup>(72)</sup>は、「本件主要新証拠に明白性が認められるか否かについては、これらが確定審の審理中に提出されていれば、確定一審と同様の事実認定に到達したか否かという観点から、確定一審において取り調べられた証拠に本件主要新証拠及び当審における事実取調べの結果を加えて総合的に評価し、本件主要新証拠が確定一審における事実認定に合理的な疑いを生じさせるものであるか否かを検討すべきである」と前提した上で<sup>(73)</sup>、結論として「以

---

(71) 限定的再評価をいながら、再審請求を棄却した原判断を覆した高裁判例として、湖東記念病院人工呼吸器事件即時抗告審（平成27年（く）第411号同平成29年12月20日大阪高等裁判所決定、判例時報2385号101頁）があり、「なお、『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』に該当するかについては、当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとすれば、確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかという観点から、当の証拠と他の全証拠とを総合的に評価して、確定判決における事実認定につき合理的な疑いが生じたか否かを判断すべきである。このことを前提に、新証拠との関係で必要限度で旧証拠を再評価して、明白性等に関する原決定の判断の当否を検討する。」としていた。

(72) 平成27年（く）第104号、判例時報2309号148頁。

(73) 本決定は刑訴法435条6号につき、「（なお、原決定の説示〔1〕は、証言が虚偽であったことが再審事由となるのは、その旨確定判決で証明されたときに限られるという趣旨とも解されるが、刑訴法435条2号は、偽証等が確定判決により証明される場合には、直ちに前の有罪判決に疑義を差し挟む余地が生じることから、そのこと

上のとおり、本件主要新証拠を踏まえると、b旧証言及びc調書の信用性には大きな疑問が生じ、請求人の共謀を認定することには合理的な疑いが残るというべきであるから、その他の新証拠について検討するまでもなく、本件は刑訴法四三五条六号所定の『無罪を言い渡すべき明らかな証拠をあらたに発見したとき』に該当するといえる。」と判示した。全面的評価を加えるべきとの姿勢を取った上で、「同様の事実認定に到達したか否か」という「疑わしきは被告人の利益に」を尊重する態度を示しているものといえる。

これに対してその特別抗告審である平成29年12月25日最高裁判所第一小法廷決定<sup>(74)</sup>は、新証拠たる新供述についてその「経緯・過程」と新証人尋問における供述態様等を「慎重に吟味」すると、「曖昧で覚えていないと述べるところが多く」、「曖昧な供述に終始し」、「時の経過等により記憶の減退があることを考慮しても、A新供述が真に記憶に基づき作成されたものかについて大きな疑念を抱かせるものといわざるを得ない。」とか、「信用性に乏しいものである」、「不自然不合理というべきである」、「説得的なものとはいえない」などとその信用性をおよそ否定した上で、「以上の検討を踏まえると、A新供述は、A公判供述の信用性を動揺させるものではなく、その余の新証拠を考え併せてみても、確定判決の事実認定に合理的な疑いを抱かせるに足りるものとはいえない。」として原決定を取り消した。そこでは「合理的な疑いを抱かせるに足りる」という基準で一応判断しているものの、新供述だけを限定的<sup>(75)</sup>・孤立的に評価してそれが

---

のみで再審事由になり得ることを規定したにすぎず、確定判決による証明が得られない場合を同条六号から排除する趣旨ではないと解されるから、原決定の示す〔1〕の趣旨が上記のようなものであったとすれば、この点においても、原決定の示すは是認することができない。」とも述べている。

(74) 平成27年(し)第587号、最高裁判所裁判集刑事322号253頁。

(75) 本決定について、高倉新喜「証拠の明白性(刑訴法435条6号)の判断方法」法学セミナー760号124頁も「あくまでA新供述の証拠評価を先行させ」ており、「限定的再評価説に立っているといえよう。」とし、宮木康博「刑訴法435条6号にいう証拠の明白性が否定された事例」法学教室453号142頁も「総合的評価の仕方、少なくとも、限定的再評価を含んでいるものといえる。」とする。

「公判供述の信用性を動揺させるもの」かどうかを問題にしている点で、いわば旧証拠を凌駕するような信用性・証明力を求め、再審開始に高いハードルを課すものとなっている。

## （２）DV事件

国税徴収法違反事件と同じ裁判官らで構成された最高裁第一小法廷による平成29年3月31日決定<sup>(76)</sup>は、再審開始を認めた原決定が新証拠たる被害者(元妻)の陳述書について、その内容が「全般的に相当に具体的なもの」であり、他の事実や証拠によっても裏づけられていることからすれば「信用性は相当に高いものがある」と評価したことに対して、確定裁判が「十分な証拠書類」に基づいており、また当該陳述書の「作成経緯・過程」が「いかにも唐突で不自然な感を免れないところがある。」「裏付けのないままではたやすく信用し難い内容が含まれている。」として、「原決定には、審理不尽の違法があり、取消しを免れない。」として差し戻した。

しかし、被害者自身が他の事実などによっても裏付けられている「相当に具体的な」陳述を行っており「それ自体容易に排斥できるようなものではない」とする原決定の説明が説得的であるに対して、最高裁第一小法廷による「必ずしも整合していない。」とか「いかにも不自然な感を免れないところがある。」といった批判は余りにも漠然としている。本件陳述書においては診断書の作成過程の裏側まで詳細に秘密の暴露がなされているにもかかわらず、「とりわけ本件陳述書の作成経緯・過程の吟味を怠った」などとする批判も、常識的な理解を逸脱している。元夫婦間の争いに裁判を濫用されたことに対する反感が漲っているばかりの決定文と評さざるをえない。

---

(76) 平成28年（し）第639号、裁判所時報1673号5頁、最高裁判所裁判集刑事321号55頁。

## （3）大崎事件第1次再審請求

福岡高等裁判所宮崎支部平成16年12月9日決定<sup>(77)</sup>は、再審開始を認めた原決定<sup>(78)</sup>を、新旧証拠を「原審の立場で、いきなり総合判断して確定判決を維持できるか否かを論じている」点で、「新鑑定の明白性の評価のあり方としても、既に不適切である。」とし、「確定判決審の立場に立って、新鑑定と旧証拠を総合評価しているとはいえない」としている。ここでの「総合評価」とは、「安易に動揺させること」が許されない「判決が確定したことにより動かし得ないものとなったはずの事実関係」としての旧証拠群に、新鑑定一つを孤立的に付き合わせるという意味での「総合評価」であり、これは実際には新鑑定のみを孤立的に取り出して、その信用性・明白性が圧倒的に凌駕しうるものかを判断するものに過ぎないから、「総合評価」の名には値しない。名目的な総合評価とでも評さざるをえない。本決定は同様に、「新鑑定の立証命題を離れて、原審の立場で、確定判決審が取り調べた証拠を全面的に評価し直している」のであり、新供述として提出されたB男やD子らの各供述について、同人らが犯行を自白するに至った経緯や同人らの受刑中から出所後にかけての主張などの供述経過が明らかになったとするだけで、その明白性について特に判断することなく、これらを旧証拠と併せ考慮すると、同人らの従前の供述の信用性には疑問が生じるなどとして、本件全体につき自らの心証を形成した上で、改めて確定判決の事実認定全体の当否を判断しているのである。このような判断のあり方は、判決が確定したことにより動かし得ないものとなったはずの事実関係を、事後になって、上記のとおりそれ自体としては証拠価値の乏しい新鑑定や新供述を提出することにより、安易に動揺させることになるのであり、確定判決の安定を損ない、ひいては、三審制を事実上崩すことに連なるものであって、現行刑訴法の再審手続とは相容れないものと

---

(77) 平成14年（く）第8号、判例タイムズ1210号86頁。

(78) 平成7年（た）第1号同14年3月26日鹿児島地方裁判所決定、判例タイムズ1207号259頁。

いなければならない。」と判示した。更には新鑑定を「確定判決審で取り調べられた証拠と総合して考察したのであるが、さらに、これらを新供述、当即時抗告審で提出された証拠、確定判決審の全証拠と併せて総合評価」したともいう<sup>(79)</sup>が、すでに明らかなように、これも到底「総合評価」と呼ぶものではなく、名目上のものでしかない<sup>(80)</sup>。

(79) 大崎事件第2次再審請求審の平成22年（た）第1号同25年3月6日鹿児島地方裁判所決定（LEX/DB25445527）もまた「新証拠については、いずれも確定審で取り調べられたA、B及びDの自白の信用性を動揺させるような証拠価値は認められない。」、弁護人の「新証拠の立証命題とは離れたところで旧証拠を再評価」する態度も「到底採用することはできない。」とし、「結局のところ、本件再審請求において提出された新証拠は、これを確定審及び第1次再審までに提出された全証拠と併せて総合評価しても、確定判決の事実認定に合理的な疑いを抱かせるには至らず、その認定を覆すに足る蓋然性のある証拠とは認められない。すなわち、証拠の明白性が認められないので、本件再審請求には、刑事訴訟法435条6号所定の再審事由があるとはいえない。」として、限定的再評価、名目的総合評価をいう。

(80) 大崎事件第3次再審請求審の平成27年（た）第1号同29年6月28日鹿児島地方裁判所決定（判例時報2343号23頁）はむしろ確定判決の証拠構造自体の分析を前提とする姿勢を明確にすることで、本来の意味での総合評価を展開してみせた。その再審開始決定は平成29年（く）第19号30年3月12日福岡高等裁判所宮崎支部（即時抗告審）決定（判例時報2382号77頁）によっても維持された。福岡高裁宮崎支部決定は確定判決の証拠構造をいっそう詳細に検討してはいるが、判断枠組としては立証命題に対象を限定した高度の明白性を第一段階として、その波及的効果をさらに第二段階としての総合評価の中で検討するといういわゆる二段階説の立場から判断している。曰く「P2鑑定が確定審において提出されていた場合、その立証命題に関連する旧証拠に及ぼす影響により、確定1審判決の事実認定は維持し得なくなり、新旧全証拠をもってしても確定1審判決の認定した殺人、死体遺棄の事実を認定するに十分な証拠はないこととなるから、新証拠であるP2鑑定は、新旧全証拠との総合判断により、確定1審判決の認定した殺人、死体遺棄の事実認定に合理的疑いを生じさせるに足る証拠であると認められ、刑訴法435条6号所定の『無罪を言い渡すべきことが明らかな証拠』に該当する。」と。二段階説とはいっても、その実質において「立証命題に関連する旧証拠に及ぼす影響」に評価対象を限定する孤立評価・限定的再評価説並びに心証引継説を内在させている点、更には第二段階の総合評価において「新旧全証拠をもってしても確定1審判決の認定した殺人、死体遺棄の事実を認定するに十分な証拠はないこととなる」とするように、他の証拠の積極的な再評価、いわゆるかさ上げを許容する理論構造をも内在させている点は看過できない（ただし、平成16年（お）第1号平成23年11月30日名古屋高等裁判所金沢支部決定（福井女子中学生殺人事件再審請求審、LEX/DB25473601）も、「再審請求事件に



において、新証拠に明白性が認められるか否かは、新証拠がそれ自体で確定判決の事実認定に合理的疑いを生じさせる程度の蓋然性を有するか否か(以下「新証拠の証明力」という。)と、確定審の審理が行われていた当時、新証拠が確定審に提出されていれば、確定判決の基礎となった証拠(以下「旧証拠」という。)とを総合して、確定判決の事実認定に至ったか否か、すなわち、確定審の事実認定に合理的疑いを生じさせたか否かを、段階的に検討して判断するのが相当と史料する。」として、二段階説によりながら再審開始を認めていた)。豊崎七絵「最近の再審開始決定における証拠の明白性判断の論理について」季刊刑事弁護74号93頁註11も、二段階説についてやはり「新証拠の価値は高くない(減殺効が肯定されない)との理由での裁判所の切り捨てを容認することになる」とする。

また、このように二段階説が一定程度広がりを見せている現況からは、結局のところ再審開始のためには、結論におけるいい回しとして「高度の明白性が認められる」新証拠であることを言明せざるをえない判例理論の事情が看取されるように思われる。第3次請求審に関する評釈として、三島聡「再審請求審における証拠の明白性判断と供述心理学鑑定の意義」法律時報90巻10号122頁以下。また、中島宏「再審の現在―大崎事件第三次再審請求で問われるもの―鹿児島大学法学論集50巻1号41頁以下は、第3次請求審に寄せて、特に再審請求審における証拠開示といった再審請求審の新状況について分析している。

そしてなお、第3次請求審の特別抗告審である平成30年(し)第146号・第147号令和1年6月25日最高裁判所第一小法廷決定は、弁護側が提出した法医学的な新鑑定の証明力について、個別的にも総合的にも過大評価されており、新証拠が「無罪を言い渡すべき明らかな証拠に当たるものとはいえない」として、鹿児島地裁、福岡高裁宮崎支部の再審開始決定を取り消し、再審請求を自ら棄却した。結局その根拠とされたのは、死体を堆肥中に埋めたと考えられるのは被告人らのみであるとの認定であるが、果たして穴を掘って埋める場合に通常腹臥位にして埋めるだろうか、背臥位であれば崩れてきた堆肥(通常相当の重量がある)による頸部圧迫も起こりうるのではないか、堆肥は牛糞によって固められておりその粉末等が肺の気管支内腔に侵入するものとは通常むしろ考えにくいのではないか、といったすぐに想起される諸点を踏まえれば、被害者自身が堆肥上に倒れ込むなどしたアナザーストーリーの可能性が新鑑定により十分に明らかにされたのではなからうか。

確定判決の十分な証拠構造分析を前提に高度の明白性(新証拠の重大性)を認めようとする姿勢は、例えば昭和58年(た)第1号同61年5月29日静岡地方裁判所再審開始決定(島田事件第2次再審請求、判例時報1193号31頁)でも同様であり、確定判決の証拠構造を最初に十分に分析するところから判示がなされており、そのようにして検討を経た上で、結論として「確定判決においては、請求人を犯行と直接結び付ける証拠としては、請求人の捜査段階における自白調書(勾留質問調書も含む。以下同じ)があるだけであり、犯行の態様については、古畑鑑定と左胸部損傷用器の判明経過が右自白調書の真実性を担保する重要な意義を持つものであった。ところが、新証拠によって古畑鑑定の証拠価値が著しく減殺され、犯行順序が



請求人の自白と合致しないのではないかと疑いが生じ、左胸部損傷用器の判明経過も、右損傷が本件石によるものであることについて客観的証拠による裏付けを欠き、自白の真実性を高めるいわゆる『秘密の暴露』とはいえなくなったほか、陰部及び胸部の名損傷状況が自白と符合しない等請求人の自白調書は数々の疑点を内在させるものであることが明らかになった。そこで、右自白調書を再検討した結果、確定判決が掲げる理由をもってしては右自白調書の信用性を肯定する根拠とはなし難いうえ、犯行後の足どりに関する自白調書の中には明らかに客観的事実に反する供述が含まれているものがある。以上のような自白調書に内在する問題点を克服して、請求人の犯行を肯定することができるほど高度の真実性が請求人の自白調書に存するものとは認められず、したがって、確定判決の挙示する証拠だけで請求人を犯人と断定することは早計といわなければならない。以上の次第で、新証拠によって請求人の自白の内容にいくつかの重大な疑点が生じたのであるから、もし、これらの新証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出され、これと既存の全証拠とを総合的に判断すれば、確定判決の有罪認定に合理的疑いを生じたものと認められるので、請求人に対し、無罪を言い渡すべき新規かつ明白な証拠を発見したときに該当するものというべきである。」〔下線筆者〕とされていた。

昭和51年（く）第31号同54年9月27日福岡高等裁判所再審開始決定（免田事件第6次再審請求即時抗告審、高刑集32巻2号186頁、刑集34巻7号642頁）も同様の姿勢を示した上で、「原第一審判決が請求人を有罪とした最も主要な証拠は、請求人の自白と鑑定結果回答書であり、船尾鑑定は、東京高等裁判所の上田勝治に対する証人尋問調査謄本、原審における馬場止、多良木利次、福岡良夫及び矢田昭一の各証人尋問調査と相俟つて、右鑑定結果回答書中、本件鉈に付着していた血痕の血液型がO型であるとする点につき、その信用性に多大の疑念のあることを明らかにしたものであり、それ自体、請求人の自白調書の信用性に影響を与えるほか、右自白調書には犯行の態様や犯行後の足どりの点につき疑問が存し、自白調書の信用性、ひいては原第一審判決の第三の事実の有罪認定に重大な影響を有するものであることは否定しがたいというべきであり、右判決当時、かりに船尾鑑定や矢田鑑定、原審における検証調査等が提出されたとした場合、後記二の4のとおり、請求人が鉈を高原の土中に埋めたとの請求人の供述部分が信用し難いことと相俟つて、請求人の着衣に付着血痕がみられないことや、逃走口に関する請求人の自白調書の信用性についての疑念等を加味するまでもなく、原第一審判決の請求人に対する有罪認定には多大の合理的な疑いを生じ、遂にこれを払拭しがたく、有罪の言い渡しにはとうてい到達しえなかつたものと断ぜざるをえない。しからば、請求人があらたな証拠として提出援用する証拠のうち、船尾鑑定、矢田鑑定、原審検証調査等は刑事訴訟法435条6号所定の無罪を言い渡すべき明白かつ新たに発見した証拠にあたるというべきである。したがって、本件再審請求を認容するのが相当と認められるから、これら証拠の明白性を否定し、右請求を排斥した原決定は、その余の点について判断するまでもなく取り消しを免れない。」〔下線筆者〕と判示した。

## （４）日産サニー事件

平成7年5月10日仙台高等裁判所決定<sup>(81)</sup> 原再審開始決定を覆したものであるが、再審請求審の判断枠組に関しては次のように判示した。即ち「たしかに原決定は、先ず確定審当時から既に存在した証拠にもとづいて検討しただけでも自白の信用性に疑問があるとした上で、新証拠を加えた検討を行っており、また、いわゆる新証拠の新規明白性（特に明白性）について明示的かつ詳細な判断を示していないところ、所論はこの点を捉えて、確定審の心証にみだりに介入し、前記白鳥事件等の判例に違反したと論難するのである。しかし、証拠の明白性の評価判断の方法としていわゆる心証引継説と再評価説のいずれを採るにせよ（原決定は右理由説示の方法から見ると、再評価説の立場に立っているものと推測されるのであるが）、右評価判断は既存の証拠との関連を離れてはなし得ないのであるから、原決定が総合的判断の結果到達した結論を理由付けるにあたり、右のような順序手法を取ったからといって、直ちに確定審の心証にみだりに介入したと非難するのは必ずしもあたらないというべきである。しかしながら、当裁判所は関係記録等を調査し検討した結果、原決定の説示中、本件新証拠のうち船尾鑑定中成傷器に関する点を除くその余の証拠の新規性、明白性を否定する部分は、原決定と同様の理由により正当としてこれを是認すべきものであるが、原決定中成傷器に関する船尾鑑定に関する判断については、その新規性を肯定する部分は是認できるものの、その証拠の明白性ないし信用性を肯定した点は、再評価説の立場に立っても到底支持し難いものとする。」と。

ここで仙台高裁決定が指摘しているように、再審請求審の裁判において判断の順序は必ずしも決定的な意味を持ちえないというのは、判例実務の実際としては理解できるところであり、結局のところ結論として「再審開始に足る高度の明白性が認められるか」の判断に裁判は収斂するものと

---

(81) 平成4年（く）第6号、判例時報1541号52頁。

考えられる。ここにおいてやはり、明白性に要求される程度が高度のものである限り、再審公判と再審請求審とが無辜の冤罪者を救うべく十分にまた健全に機能することは期待されえないように思われてくる。

ここまで再審開始を覆した判断を見てきた。そこには限定的再評価と名目的な総合評価とが確認されたが、もう一つ、確定判決の再構成が許されるかという点も問題となろう。これについて次の判例を見ることにしたい。

#### （５）姫路郵便局強盗事件

大阪高等裁判所平成28年3月15日決定<sup>(82)</sup>は再審請求に理由がないとした原決定<sup>(83)</sup>を審理が尽くされてないとして取り消し、差し戻した。ただしその前提として、確定判決の再構成が許容されることを詳説する。即ち、刑訴法435条6号が刑の軽重という形式的な判断基準を用いていることからすれば「新たに提出された証拠と既存の証拠とを総合的に評価した結果、確定判決が認定した犯罪事実と全く同一の事実を認定することができない場合であっても、確定判決が認定した犯罪事実と同一の構成要件に該当する事実や、これよりも法定刑が軽くない他の構成要件に該当する事実が認定できることを理由として、再審請求が棄却される場合があることを当然に想定していると考えられる。したがって、再審請求審の審理対象が『確定判決における事実認定』に限定され、これに合理的疑いが生じた場合、直ちに再審開始をするほかないと解するのは相当ではない。」のであり、「新証拠と既存の全証拠を総合的に評価した結果、確定判決が認定した罪となるべき事実の一部に合理的な疑いは生じたものの、公訴事実の同一性が認められる範囲内で、なお同一の構成要件に該当する事実や、こ

---

(82) 平成26年（く）第148号、判例時報2330号102頁。

(83) 平成24年（た）第3号同26年3月28日神戸地方裁判所姫路支部決定、判例時報2330号109頁。

れよりも法定刑が軽い他の構成要件に該当する事実は認定できるとの心証を得た場合」に「再審を開始しない余地を認め」ることができる。なぜなら、「本件は、前記のとおり確定審においては訴因変更又はその他の不意打ち防止の措置を講じることにより、同一の構成要件に該当する事実を認定できる可能性がある場合であり、再審請求審においても、申立人の主張や新たに提出された証拠等を検討した結果に基づき釈明をし、適宜主張等を促すなどし、申立人に対して十分防御の機会を与えて審理を尽くせば、申立人の防御の権利を損なうことにはならないというべきである。以上のとおり、確定判決において認定された実行犯人性ではなく、他の共犯形態による申立人の犯人性が認められることを理由として、再審請求を棄却することが許される場合もあると解され、そのような原決定の判断理論それ自体に誤りはない。」と<sup>(84)</sup>。

しかし、慎重な訴因変更手続や厳格な証拠調べ手続を規定する刑事訴訟法において何ら準用規定等が用意されていない再審請求審において、公訴事実の同一性の範囲内で審理を尽くし不意打ちを防ぐ限りは認定替えが許

---

(84) 刑訴法435条6号が「軽い罪を認めるべき」ときとしている以上は、「重い罪」や「同等の罪」が認められる場合は再審を開始しないとする解釈について、小西秀宣「強盗の共同実行正犯として有罪判決を受けた再審請求人について、実行犯でなかったとしても間接事実から犯人の1人であることが強力に推認できるなどとして再審請求を棄却した原決定が、争点を顕在化させる措置を講じなかったなどとして、不意打ちであり審理不尽であるとして取り消された事例」刑事法ジャーナル56号114頁は「文理的にも自然な解釈といえるし、そのような制度が不合理なものともいえないと思われる。」とする。確かに文理的に可能ではあるが、誤った事実認定に晒された請求人の権利・利益を前提にすればむしろ不自然というほかないし、そこでいう合理性も不利益再審ではないからというだけの意味であって、正しい事実認定を奪われていた請求人の権利・利益からすれば不合理というほかなかろう。認定される事実関係が変わるときには「無罪を言い渡」すべき場合となる可能性は否定できないはずである。とりわけ共犯の形態が変化する場合には、再審公判において十分な審理が尽くされることによって、共同正犯が否定されて帮助や教唆といった従属形式に該当するとの評価を受ける可能性も大いにあるのであるから、共同正犯の中の一人であることには変わらないなどという判断の合理性は裁判所にとってのものでしかないことを認識すべきであろう。

容されているというのはもはや立法に等しい。公平な裁判を受ける権利（憲法37条1項）を侵害するのみならず、「疑わしきは確定判決の利益に」の思考に基づくものであって憲法31条にも違反している。更に、「新証拠と既存の全証拠を総合的に評価した結果、確定判決が認定した罪となるべき事実の一部に合理的な疑いは生じたものの、公訴事実の同一性が認められる範囲内で、なお同一の構成要件に該当する事実や、これよりも法定刑が軽くない他の構成要件に該当する事実は認定できるとの心証を得た場合に、いわば犯罪の成立を認めて再審を開始しないことは実質的な不利益再審<sup>(85)</sup>であって、二重の危険（憲法39条）に晒すものというほかない<sup>(86)</sup>。

(85) このような再構成、評価替えはすでに、平成5年（し）第40号同9年1月28日最高裁判所第三小法廷決定（名張毒ぶどう酒事件第5次再審請求特別抗告審、刑集51巻1号1頁、判例時報1592号40頁）でも、「本件替栓の表面の傷痕に関する三鑑定は、再審請求後に提出された証拠によって、その証明力が大幅に減殺されたとはいえ、新旧全証拠を総合して検討すると、犯行の機会に関する状況証拠から、申立人が本件犯行を犯したと認めることができ、これに信用性が高いと認められる申立人の自白を総合すれば、確定判決の有罪認定に合理的な疑いを生ずる余地はないというべきであるから、所論引用の各証拠が刑法435条6号にいう証拠の明白性を欠くとして本件再審請求を棄却すべきものとした原決定の判断は、これを是認することができる。」として示され、あるいは同様に平成7年（し）第49号同10年10月27日最高裁判所第三小法廷決定（尾田事件／マルヨ無線強盗殺人放火事件、刑集52巻7号363頁、判例時報1657号38頁）においてもまた、新証拠と「その立証命題に関連する」他の全証拠とを総合的に評価するにあたっては「再審請求時に添付された新証拠及び確定判決が挙示した証拠のほか、たとい確定判決が挙示しなかったとしても、その審理中に提出されていた証拠」をもその検討の対象にすることができる、などとされていた。マルヨ無線強盗殺人放火事件の評釈として、松宮孝明「再審請求審における総合評価——尾田事件再審特別抗告審決定について——」立命館法学268号1頁以下。

(86) 川崎英明「再審請求審の審理対象——姫路郵便局強盗事件・即時抗告審決定」新・判例解説Watch 19号228頁も同様に「公訴事実の同一性の範囲内で別の犯罪事実を認定できることを理由に再審請求を棄却することは、判決確定後に新たに有罪判決を言い渡すに等しく、それは公訴事実の同一性の範囲内で再度起訴され有罪とされることはないとする二重の危険禁止の原則に反する。のみならず、再審請求審は、伝聞法則のみならず口頭・公開・直接主義の保障のない手続段階であり、そこで新たに『罪となるべき事実』を認定して再審請求を棄却するとなると、『罪となるべき事実』に厳格な証明を要求する刑事訴訟法の基本原則に反する。」という。また、同「再審で問われるもの」法学セミナー496号25頁、光藤景皎「証拠の総合評価再論——間接事実による認定と再審」法学セミナー498号12頁も参照。

本決定と同様の態度は、**恵庭OL殺人事件**の再審請求審である平成26年4月21日札幌地方裁判所決定<sup>(87)</sup>にも次のように示されている。即ち「なお、弁護人は、再審請求審では、確定判決の事実認定を請求人に不利益に動かすことは許されない旨主張する。しかし、刑事訴訟法435条6号にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』であるかどうかは、当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべきであるところ、そのような総合的判断は証拠それ自体の価値にしたがってなされるものであり、請求人に有利か不利かで判断を変えるべきものとは思われない。請求人に対して不意打ちの問題が生じる場合には、別途手続的手当をすれば足りる。弁護人の主張は、片面的とはいえ、確定審の心証の拘束力を認めるに等しく、新旧証拠の総合評価をするという考え方になじまず、とり得ない。」と。

「証拠それ自体の価値にしたがってなされるもの」であることは間違いないが、上述の通り、証拠評価には憲法上保障されている権利保障と基本原理とが妥当しなければならないのであるから、単なる「手続的手当」をもってするのは不十分であることが明らかであって、不利益再審を正面から肯定しているに等しく、二重の危険（憲法39条）に晒すものであって違憲というほかない<sup>(88)</sup>。このように請求審が評価替え・証拠評価のかさ上げを行うことの問題性は、とりわけ裁判員裁判により確定した判決に対する請求審においては、白鳥決定が示した「もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点」を質的にも持ちえないことになる点で、いっそう明らかになるものと

(87) 平成24年（た）第3号、LEX/DB25503393。

(88) 伊東秀子「確定判決の認定しない事実に基づく不当な判断」季刊刑事弁護79号108頁、特に111頁以下参照。

いえる。

ここまで見てきたとおり、限定的再評価と名目的総合評価、更に確定判決の再構成といった手法により、新証拠の明白性・信用性には相当に高度のものが要求されることになる。

ここからは再審開始を認めた決定を見ていきたい。

#### （６）松橋事件

松橋事件再審請求審において熊本地裁平成28年6月30日決定<sup>(89)</sup>は再審開始を認めた。そこでは、「以上のとおり、上記〔１〕ないし〔７〕の新証拠と確定審で取り調べられた全証拠を総合して検討すると、P3の自白には、その重要部分に客観的事実との矛盾が存在するとの疑義が生じており、自白の信用性が揺らいでいるところ、確定判決において自白の信用性を担保するとされた各補助事実についても、その証明力や証拠価値に疑問が生じており、P3の自白の信用性を支える根拠が相当に減弱している。そして、新旧の全証拠を検討しても、P3の自白に生じた疑問点を解消し、自白の信用性を回復するに足りる事情は存在しない。そうすると、P3の自白に、これのみをもって確定判決の有罪認定を維持し得るほどの信用性を認めることはもはやできなくなったといわざるを得ず、確定判決の事実認定には合理的疑いが生じている。」、「結論 以上のとおり、前記〔１〕ないし〔７〕の新証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出され、これと確定審で取り調べられた全証拠を総合的に評価して判断したとすれば、確定判決の有罪認定に合理的な疑いが生じたものと認められるから、本件再審請求は、刑事訴訟法435条6号所定の有罪の言渡しを受けた者に対して無罪を言い渡すべき明らかな証拠をあらたに発見したときに該当す

---

(89) 平成24年（た）第3号、殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告事件、判例時報2368号97頁。



る。」との判示がなされた。

ここでは新旧全証拠を総合的に検討するとただいだけではなく、さらに「新証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出され、これと確定審で取り調べられた全証拠を総合的に評価して判断したとすれば、確定判決の有罪認定に合理的な疑いが生じたものと認められる」としている点では、白鳥決定に忠実に即する態度が看取される<sup>(90)</sup>。そのことは、新証拠により「自白には、その重要部分に客観的事実との矛盾が存在するとの疑義が生じており、自白の信用性が揺らいでいる」ことだけでなく、それにより更に「確定判決において自白の信用性を担保するとされた各補助事実についても、その証明力や証拠価値に疑問が生じ」というような波及的な効果までが及ぶことによって生じている。ただし同時に「新旧の全証拠を検討しても、P3の自白に生じた疑問点を解消し、自白の信用性を回復するに足る事情は存在しない」として、いわゆる「総合評価の逆転」<sup>(91)</sup>の余地を認めているかのように述べていることには注意を要する<sup>(92)</sup>。

そして、同決定の即時抗告審である福岡高裁平成29年11月29日決定<sup>(93)</sup>

(90) 新屋達之「自白の信用性の減殺により再審が開始された事例 松橋事件再審開始決定」(刑事訴訟法判例研究)法時89巻8号118頁は「本決定は、再審のあり方の本道に戻った判断と評価できる」、「本決定は、(古典的な意味での)全面的再評価説に近い判断を経て再審開始に至ったものとみてよい」とする。

(91) 川崎英明「刑事再審の現状と課題」法時75巻11号4頁以下参照。

(92) 限定的再評価に与する立場からは確定判決の心証形成にみだりに立ち入るべきではないと指摘されることが多いが、このような「総合評価の逆転」もまた同じことである。安易に証拠評価を操作して確定判決の証拠構造をみだりに破壊することは、新たな証拠調べを経たわけでもないにもかかわらず、確定判決を導いた証拠調べや事実認定にみだりに立ち入り勝手に再審公判を開始しているようなものであって、請求審の役割を逸脱しているというはかない。福井厚「再審理由としての証拠の明白性」ジュリスト601号41頁も、「記録だけの審査で原確定判決の有罪証拠の証明力をより高く再評価していると考えられるが、そのようなことは、有罪の事実認定については証拠法にしたがった厳格な直接・口頭の手続が不可欠なものとして要求されている趣旨に反する」という。この意味では、こうしたみだりになされた評価替え・評価のかさ上げは確定判決への不利益再審的介入であると同時に、目指されるべき再審公判に対する先取りの介入でもあり、二重の意味で不当である。

(93) 平成28年(く)第119号、判時2368号87頁。



も、即時抗告を棄却して再審開始を認めた原決定を維持した。そこでは「原決定の判断手法についての検討」と題して、証拠の新規性につき、「（１）所論は、『鑑定の手法が新規でなく、鑑定資料が同一であるもの』は、証拠の新規性を否定されるべきところ、原決定のいう『証拠の新規性とは、証拠の未判断資料性をいう』という解釈によれば、確定審で取り調べられていない証拠は、すべて一律に新規性を認めることになり、新規性の要件を無意味にすることになる、という。しかしながら、原決定は、裁判所による実質的な証拠価値の判断を経ていない証拠について、新規性を認めているのであり、確定審で取り調べられていない証拠すべてについて、新規性を認めているのではないから、所論は原決定の趣旨を正解しないものというほかない。また、K鑑定は、確定審及び確定審の控訴審で取り調べられた証拠に、原審に新たに提出されたN鑑定メモ、凶器の刺入状況の再現結果報告書等も加えて、新たに鑑定されたものであるから、所論がいう「鑑定資料が同一である」場合には該当しない。（２）所論は、再審請求をうけた裁判所が、特段の事情もないのに、みだりに判決裁判所の心証形成に介入することはできないにもかかわらず、原決定は、新証拠も提出されていないのに、Aの自白及び確定審供述等につき、改めてそれらの信用性を判断し、確定判決と異なる判断を示しており、このような判断手法は確定判決の心証形成に介入したもので、再審制度の構造に反している、という。しかしながら、確定判決は、『本件犯行に至る経緯のほか、特に犯行の手段、方法等の点につき客観的証拠に照らし格別不自然、不合理な点を見出し得ないこと等に鑑みると、Aは捜査段階における取調べに対し、自己の体験したところを素直に供述し、当公判廷においてもこれを追認、自白したものと推定される』と判断している。そうであるのに、新証拠によって、犯行の手段、方法につき、客観的証拠に照らして不自然、不合理な点が現れたことになる。そして、Aが本件切出小刀に布切れを巻き付けた事実を供述するに至った経緯から、捜査官に迎合する姿勢が看取

でき、そのことは、Aが取調べにより精神的に混乱して皮底靴を焼却した事実に繋がり、さらに、それらのことが、自白の直接の契機となったポリグラフ検査において犯人ではないのに特異な反応を示した合理的な疑いに結び付くのである。このような連鎖により、新証拠による犯行の手段、方法が自白と整合しないことは、自白全体の信用性を否定し、Aの確定審供述の信用性を肯定することに行き着くのである。原決定は、本件再審請求でなされた多数の主張について詳しく説示しているため、趣旨が不明確になった部分も見受けられるが、前記のような趣旨を示したものと理解することができる。原決定は、新証拠の存在を根拠にして、判決裁判所の心証形成に介入しているのであり、その判断手法は違法、不適切なものではない。」と判示している。

検察官もまた原決定が白鳥決定に忠実な全面的再評価を行ったものと認識したのであろう。そのような全面的再評価はみだりに「確定判決の心証形成に介入したもので、再審制度の構造に反している」としている。ここには再審を限定的再評価の中に封じ込めようという意図がはっきりと現れている。このような批判に対して福岡高裁決定も、限定的再評価の枠を逸脱したものではないという形の反論をしている。ただし、その中では「このような連鎖により、新証拠による犯行の手段、方法が自白と整合しないことは、自白全体の信用性を否定」するとも判示して、証拠構造上の有機的関連性を想定したのと同様の「判断手法」を用いていることは注目すべきであろう。

このように再審開始を決定ないし維持した判断の中には、白鳥決定の精神の発露をなお見て取ることができるように思われる<sup>(94)</sup>。

---

(94) 白鳥・財田川決定の系譜に忠実に寄り添おうとする姿勢は他にも例えば、日野町事件第二次再審請求審(平成24年(た)第1号同30年7月11日大津地方裁判所決定、判例時報2389号38頁)の判示した内容の中にもよく見て取ることができる。

### （７）布川事件第二次再審請求

水戸地方裁判所土浦支部平成17年9月21日決定<sup>(95)</sup>は証拠の明白性の判断について次のように判示した。即ち「刑訴法435条6号にいう無罪を言い渡すべき『明らかな証拠』とは、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであるが、この明らかな証拠であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、果たしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠とを総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、『疑わしいときは被告人の利益に』という刑事裁判の鉄則が適用され（最高裁昭和50年5月20日第一小法廷決定・刑集29巻5号177頁参照）、この原則を具体的に適用するにあたっては、確定判決が認定した犯罪事実の不存在が確実であるとの心証を得ることを必要とするものではなく、確定判決における事実認定の正当性についての疑いが合理的な理由に基づくものであることを必要とし、かつ、これをもって足りると解すべきであるから、犯罪の証明が十分でないことが明らかになった場合にも上記の原則があてはまる（最高裁昭和51年10月12日第一小法廷決定・刑集30巻9号1673頁参照）と解されるところ、当請求審においても、これに従って、証拠の明白性について判断を行うべきものとする。」と。

白鳥・財田川決定の判断基準に沿うべきとする態度をはっきりと読み取ることができる。

### （８）財田川事件

最高裁判所第一小法廷昭和51年10月12日決定<sup>(96)</sup>の判示は次の通りであ

(95) 平成13年（た）第1号、LEX/DB28135321。

(96) 昭和49年（し）第118号、刑集30巻9号1673頁。

る。即ち「ところで、同号にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』とは、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであり、右の明らかな証拠であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠とを総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的疑いを生ぜしめれば足りるという意味において『疑わしいときは被告人の利益に』という刑事裁判における鉄則が適用されるものである(当裁判所昭和50年5月20日第一小法廷決定・刑集29巻5号177頁)。そして、この原則を具体的に適用するにあたっては、確定判決が認定した犯罪事実の不存在が確実であるとの心証を得ることを必要とするものではなく、確定判決における事実認定の正当性についての疑いが合理的な理由に基づくものであることを必要とし、かつ、これをもつて足りると解すべきであるから、犯罪の証明が十分でないことが明らかになった場合にも右の原則があてはまるのである。そのことは、単なる思考上の推理による可能性にとどまることをもつて足れりとするものでもなく、また、再審請求をうけた裁判所が、特段の事情もないのに、みだりに判決裁判所の心証形成に介入することを是とするものでもないことは勿論である。』。

この最後段において、「再審請求をうけた裁判所が、特段の事情もないのに、みだりに判決裁判所の心証形成に介入することを是とするものでもないことは勿論である。」とされていることをもって、全面的再評価は「みだりに判決裁判所の心証形成に介入すること」にあたると考えるのは早計である。むしろ逆であって、財田川決定は「疑わしいときは被告人の利益に」の鉄則が再審請求審にもあてはまることについて、「確定判決が認定した犯罪事実の不存在が確実であるとの心証を得ることを必要とするもの

ではなく、確定判決における事実認定の正当性についての疑いが合理的な理由に基づくものであることを必要とし、かつ、これをもつて足りると解すべきであるから、犯罪の証明が十分でないことが明らかになった場合にも右の原則があてはまるのである。」と説明した上で、「そのことは」、「単なる思考上の推理による可能性にとどまることをもつて足れりとするもの」にも、「再審請求をうけた裁判所が、特段の事情もないのに、みだりに判決裁判所の心証形成に介入することを是とするもの」にもあたるものでは決してないことは「勿論である」としているのである。つまり、もはや明かなように、白鳥決定が判示した全面的再評価を内容とする総合評価<sup>(97)</sup>（次項参照）を行う中で「疑わしいときは被告人の利益に」の鉄則も妥当するという再審請求審の判断枠組というものは、当然ながら、単に思考上の推理による可能性で満足してしまうものだとか、特段の事情もなしに確定判決の心証形成にみだりに介入するものだったといった批判が妥当するものでは全くないと、はっきりと反批判しているのである。

全面的再評価を確定判決の心証形成に対する不当な介入だと批判する主張は、財田川決定の無理解に基づくものであって判例違反である。

## （９）白鳥事件

最高裁第一小法廷昭和50年5月20日決定<sup>(98)</sup>は次のように判示した。即ち「なお、同法435条6号にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』とは、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだけせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであるが、右の明らかな証拠であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の

---

(97) 白鳥決定の全面的再評価による判断を財田川決定と同様に正しく継承した判例として、例えば榎井村事件再審開始決定（平成2年（お）第1号同5年11月1日高松高等裁判所決定、判例時報1509号146頁）がある。本決定につき、大出良知・川崎英明「総合評価こそが誤判救済の道——榎井村事件再審開始決定の意義」法学セミナー469号14頁以下参照。

(98) 昭和46年（し）第67号、刑集29巻5号180頁。

審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、『疑わしいときは被告人の利益に』という刑事裁判における鉄則が適用されるものと解すべきである。」と。

ここでは明白性について、「明らかな証拠」とは「確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと解すべきである」としている。「事実認定につき合理的な疑いをいだかせ」と「認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠」とは並列されているから、「認定を覆すに足りる蓋然性」の程度は、「蓋然性」という高度の可能性を示すような言葉を用いながらも実は「合理的な疑いをいだかせ」れば足りると判示している。その後に「疑わしいときは被告人の利益に」の鉄則が適用されると繰り返している通りである<sup>(99)</sup>。

では白鳥決定は本当に孤立評価的・心証引継的な限定的再評価の立場に立っているのかについて再確認してみるならば、そのように解する余地はないというほかない。白鳥決定は先の判示の後にさらに次のように判示している。

「一般に、総合認定における各証拠は、相互に関連するものとして裁判官の心証形成に作用するものであるから、証拠弾丸の証拠価値が原判決当時と比べ大幅に減退したことを前提とするかぎり、単に証拠弾丸の証拠価値の低下という問題にとどまらず、証拠弾丸と相互に関連する他の証拠の信憑性に影響を及ぼすことのありうるのはもとより、証拠弾丸の証拠価値の低下の反射的效果ないしこれと相互関係にあるものとして、証拠弾丸に

(99) 再審公判における「無罪若しくは免訴」や「刑の免除、又は原判決において認められた罪より軽い罪」の認定が「疑わしいときは被告人の利益に」の原則の下に判断される以上、その可能性審査において同原則を適用しないで判断するとすることは乗り越えがたい矛盾が生じる。

関し第三者の作為ひいては不公正な捜査の介在に対する疑念が生じうることも否定しがたいといわなければならない（しかし、それはあくまでも疑念にとどまるものであつて、それ以上に出るものではない。）。刑訴法435条6号の運用は、同条1号、7号等との権衡を考へて同条全体の総合的理解の上に立つてなされるべきものであり、したがつて、もし、かりに右のような疑念があるとすれば、新証拠と他の全証拠との総合的な評価により原判決の認定に合理的な疑いを生じることになるかどうかを判断するにあつて、このことを十分に念頭に置き、とくに厳密な審査を加えることを要するものといわなければならない。そこで、右のような見地に立つて、原決定の当否を審査することとする。三 証拠弾丸の証拠価値の変動が他の証拠の信憑性にどのような影響を及ぼし、ひいては原判決の事実認定にどのような影響を及ぼすことになるかを検討するにあつては、何よりもまず、原判決の有罪認定とその証拠関係の中で、証拠弾丸が有罪認定の証拠としてどのような位置を占め、裁判官の心証形成上どの程度の比重をもつものであるかを明らかにすることが必要である。」〔太字筆者〕と。

このように白鳥決定が「とくに厳密な審査を加えることを要する」とする中で、その審査の厳密さの内容として「何よりもまず、原判決の有罪認定とその証拠関係の中で、証拠弾丸が有罪認定の証拠としてどのような位置を占め、裁判官の心証形成上どの程度の比重をもつものであるかを明らかにすることが必要である」として、いわゆる全面的再評価の立場を明確にしていることは無視できない。「原判決の有罪認定とその証拠関係の中で」、元々の証拠弾丸がその証拠構造上で「どのような位置を占め」、「どの程度の比重をもつものであるか」を「何よりもまず」「明らかにすることが必要」だとしているのである。しかもその検討は、「新証拠と他の全証拠との総合的な評価により原判決の認定に合理的な疑いを生じることになるかどうかを判断するにあつて」「とくに厳密な審査を加えることを要する」ところの内容として求められているのであるから、白鳥決定のい



う「総合的な評価」の中身として、加えられることを要する「厳密な審査」と名指しされているものこそ全面的再評価にほかならないのである。

そして更には「他の証拠の信憑性への影響について」と題して次のように判示している。

「もとより、新証拠を他の全証拠から切り離し、新証拠のみに基づいて原判決の有罪認定が動揺するかどうかを判断すべきでないことは、既に説示したとおりであるが、同時にまた、証拠弾丸の証拠価値の変動による他の証拠の信憑性への影響を厳密に審査しなくてはならない。」[太字筆者]と。

ここにおいて「もとより、新証拠を他の全証拠から切り離し、新証拠のみに基づいて原判決の有罪認定が動揺するかどうかを判断すべきでない」として、孤立評価、限定的再評価の立場を明確に否定している<sup>(100)</sup>。「証拠

---

(100) このような態度は他の判例の中にも表れている。例えば島田事件第4次再審請求審の再審請求棄却決定に対する即時抗告審である、昭和52年(く)第61号・同52年(く)第63号同58年5月23日東京高等裁判所決定(刑裁月報15巻4～6号302、判例時報1079号11頁)は、「まず、確定判決の有罪認定の根拠としては、原決定も指摘しているとおり、請求人の自白調書が重要な地位を占め、犯行の態様については、特にP7鑑定と本件石の発見の経過が右自白調書の真実性を担保する意義を持つものである。ところが、犯行の順序、状況が自白の内容と一致しないのではないかな等の数々の疑点があることは、さきに指摘したとおりである。もつとも、被害者の死因が頸部絞扼による窒息死である点は、新鑑定によつてもゆるがない。その意味で、請求人が両手を被害者の首にあて力一杯押さえつけて殺したという供述部分に限つてみれば、なお客観的証拠の裏付けがあるといえないこともない。しかし、本件において、その部分のみを切り離して別個に考察するわけにはいかない。自白の内容をなす個々の供述は、特段の事情がない限り、相互に有機的な関連を有するものとして統一的に評価すべきものである。そして、前記のように、新鑑定によりP7鑑定の証拠としての価値が著しく減殺されるとすれば、これまで確定判決を支えていた重要な支柱の一角が崩れ、ひいては請求人の自白全体の真実性に少なからぬ影響を与えることになる。更に、請求人の自白中に、たとえば、犯行現場に至る経路や扼殺の事実など既に捜査官の知っている重要な事項があり、犯行後の足どりに関する供述に明らかな虚偽の部分が含まれていることが指摘され、また、請求人の自白以外の多数の証拠は、いずれもそれだけでは請求人と本件犯行を結び付けるには十分でない」とすると、原決定が、一方で、P7鑑定は新鑑定によつてみごとに崩壊したとし、請求人の自供する犯行の順序に合理的な疑いが生じたとしながら、他方で、信用性の欠如をこの点にのみ限定し、なお請求人を犯人とする自白調書の信用性を全面的に失わせるものでない」と判断したのは、いささか早計に過ぎるといわざるをえない。」と判示している。

弾丸の証拠価値の変動による他の証拠の信憑性への影響を厳密に審査しなくてはならない」ということも、あくまで「新証拠を他の全証拠から切り離」さない中で判断されなければならないと明示している。新証拠自体の証明力評価とその波及的な証明力評価とは、全証拠の評価と「同時に」且つ「切り離」されることなしに判断されなければならないのである。

白鳥決定を「限定的再評価」の立場によるものと曲解することは許されないといわなければならない<sup>(101)</sup>。

白鳥決定の調査官解説<sup>(102)</sup>は「旧証拠の再評価といっても限度があると考えるべきであろう。要は、新証拠の持つ重要性和その立証命題であり、それが有機的に関連する確定判決の証拠判断及びその結果の事実認定にどのような影響を及ぼすかを審査すべきである。」とした。そこでいう「新証拠の持つ重要性」については「確定判決を覆す可能性では足りないことは明らかであり」、「少なくとも五〇%以上の確度で誤判の疑いが生ずること、換言すれば、新証拠と旧証拠との総合評価によって無罪を指向する証拠が優勢であることを必要としているのではないかと思われる。」ともいう。しかしこのような理解は、その前提部分で述べている、「刑事裁判において事実証明が許される場面で、被告人は自己の無罪を証明すべき立証責任を負担するものではなく、再審の場合も例外ではない」としていることと明らかに矛盾しよう。

このように立証命題に限定される範囲での新証拠の重要性を先行させるときには、その後の二段階めに置かれる「総合評価」と名のつく判断は、「それが有機的に関連する確定判決の証拠判断及びその結果の事実認定にどのような影響を及ぼすかを審査」するに過ぎない判断となり、結局のところ、無罪の結論を導くようなものであるかどうかという判断に行きついてしまう。つまり、二段階で判断しているといっている中身は、単独でも旧証拠を覆し

(101) 大出良知「最新の理論的現状と課題——白鳥・財田川決定と『明白性』問題の到達点」法律時報61巻9号54頁以下参照。

(102) 田崎文夫『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和五十年』82頁以下。

得る程度の新証拠が、結論としても無罪を導きうるものであるかどうかという、高度の明白性を要求する孤立評価と何ら変わりがないことが明らかとなる。もっといえば、単独では高度の明白性を持ちえたが、他の証拠の評価のかさ上げによる「逆総合評価」により結論としての明白性は奪われてしまうという、いわば「二重の明白性」が要求されることにさえなっている。

しかし、白鳥決定は「今までのように再審の門戸を狭くしておいていいのだろうか」、「もう少し再審の原由になる場合を広く認めておくほうがいいのではないか」という問題意識から、「今までは無罪を言い渡すべき高度の蓋然性をもった証拠が新たに出て来た場合、例えば別に真犯人が現れたというような場合に限って再審の開始を認めていた。ところが、私どもが考えたのは、今まで出てきていたところのいろんな証拠と新しく出てきた証拠とを総合して考えてみようということです。もともと、有罪判決はご承知のとおり合理的な疑いを越える程度の心証がとれた場合に言い渡されるものです。合理的な疑いが残れば無罪です。そういうふうなことを再審の関係にも当てはめるべきだ。つまり、今までの証拠と新しく出た証拠とを総合してみても、この程度では有罪とするだけの心証はとれない、どうしても合理的な疑いが残るということになれば、積極的に無実だということとは出なくても、これは再審の開始をするのが当然であろうと。こういうふうな考え方があります。」<sup>(103)</sup>との認識により示された判断であるから、孤立評価は固より二段階評価もまた判例違反というほかない。

最後に、「疑わしいときは被告人の利益に」が再審請求審に妥当することの意味を、情況証拠の総合評価による事実認定について判示した平成22年最高裁第三小法廷判決<sup>(104)</sup>の内容との関係において捉え直しておきたい。平成22年判決が判示したのは、「刑事裁判における有罪の認定に当

(103) 団藤重光「現代社会における判例の任務」法学教室42号9頁。

(104) 平成19年(あ)第80号同22年4月27日最高裁判所第三小法廷判決(大阪母子殺害放火事件)、刑集64巻3号233頁。

たっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要であるところ、情況証拠によって事実認定をすべき場合であっても、直接証拠によって事実認定をする場合と比べて立証の程度に差があるわけではないが、直接証拠がないのであるから、情況証拠によって認められる間接事実中に、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていることを要するものというべきである。」ということであった<sup>(105)</sup>。この意

(105) 本判決の分析として、浅田和茂・石塚伸一・葛野尋之・後藤昭・福島至編『村井敏邦先生古稀記念論文集 人権の刑事法学』に所収されている、村岡啓一「情況証拠による事実認定論の現在——最高裁第三小法廷平成二二判決をどう読むか」（同書674頁以下）、豊崎七絵「間接事実の証明・レベルと推認の規制——情況証拠による刑事事実認定論（2）」（同書697頁以下）はいずれもそれぞれに的確である。村岡は藤田補足意見について、間接事実の射程距離・レベルを厳格に捉えて、「殺人という実行行為との関係で合理的な疑いを超えた『決め手』となる十分な推認力を備えた第一次間接事実」を要求しており、推認力の弱い間接事実群の総合評価によって補完するという「フィクション」（あるいは「秘密」）を否定するものだとし（同書683頁）、豊崎も「最終的な総合評価に参加する各間接事実についても相当強度の推認力——少なくとも第一次間接事実であること——を求める論理（採証法則）を示したという解釈が成り立ち得る。」（同書715頁）とする。無論ここで村岡の主張が「主要事実が常に一個の間接事実から推認されなければならない、複数の間接事実からの推認、すなわち主要事実を認定するための総合評価を否定することを意味するもの」（豊崎七絵「最高裁判例に見る情況証拠論——情況証拠による刑事事実認定論（3）——」法政研究78巻3号729頁）であるようには読み取れない。

また、渡辺直行「（早稲田大学刑事法学研究会）情況証拠による事実認定（被告人の犯人性推認）のあり方 第三小判平成22・4・27刑集64巻3号233頁（殺人、現住建造物等放火被告事件）」早稲田法学87巻4号も、「被告人が犯人でないとしても（他の者が犯人だとしても）説明することができる事実関係（だけ）をいくら積み重ねても、そして、それらがいかに被告人を犯人と推認する方向への事実であるとしても、それだけでは被告人の犯人性を認定することができないということを意味していると言える。言葉を変えて言えば、アナザーストーリーが成立する余地がないと言える程に強力な、犯人性を指し示す積極的証拠（積極的情況証拠群）の必要性を意味していると言える。」（148頁）、「積極的に被告人こそが犯人であることを指し示す積極的な事実関係が存在しなければならないということを論じていると解すべきである。」（149頁）、「被告人こそが犯人であるということを示す事実関係の存在を求めているものと解しうる。」（149頁）、「本件説示は、『合理的な疑いを超える』証明基準を前提にしたうえで、さらに積極的情況証拠の積み重ねによって＜被告人こそが犯人である＞との確信に至るだけの高度な蓋然性も認められることが必要だとしているのである。」（150頁）という。

味するところは、いわゆる直接証拠がない場合であっても、間接事実中に少なくともこれに準じる程度の証明力・推認力のある間接事実(群)ないし事実関係(複数の間接事実からも成り立ちうということ)が必要である、ということだろう。これを要求するものでなければ、不可能ではない、矛盾しないといった程度の推認力の弱い間接事実を寄せ集めて<sup>(106)</sup>、いわば「可能性の抱き合わせ」<sup>(107)</sup>による有罪認定を認め、そのことが不可避免的に包含する証拠構造の偏頗性<sup>(108)</sup>(そもそも法廷には積極証拠の方が多く顕在

(106) むしろ、なぜ推認力の弱い証拠しか収集されえなかったのか、なぜ決定的な証拠が一つとして顕出されないのかを問い、ただ推認力の弱い証拠の数量だけが偏頗的に増幅され、その質を伴っていないことの意味に思い至るべきである。昭和45年(あ)第66号同48年12月13日最高裁判所第一小法廷判決(長坂町放火事件、判例時報725号104頁)も、「原判決が挙示するもろもろの間接事実は、既に検討したように、これを総合しても被告人の犯罪事実を認定するには、なお、相当程度の疑問の余地が残されているのである。換言すれば、被告人が争わない前記間接事実をそのままうけいれるとしても、証明力が薄いかまたは十分でない情況証拠を量的に積み重ねるだけであって、それによってその証明力が質的に増大するものではないのであるから、起訴にかかる犯罪事実と被告人との結びつきは、いまだ十分であるとすることはできず、被告人を本件放火の犯人と断定する推断の過程には合理性を欠くものがあるといわなければならない。」という。川崎英明「情況証拠による事実認定」光藤景皎編『事実誤認と救済』68頁も、「間接事実の総合評価による主要事実の認定に際しては、多数の間接事実の積み重ねによる量的な推認力を質的推認力へと飛躍・転化させる、支柱たる間接事実(一義性をもつ間接事実)の存在が不可欠というべきであろう。」という。

他方で、平成22年判決の調査官解説(鹿野伸二「殺人、現住建造物等放火の公訴事実について間接事実を総合して被告人を有罪とした第1審判決及びその事実認定を是認した原判決に、審理不尽の違法、事実誤認の疑いがあるとされた事例」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成22年度』)は、「多数の間接事実」による立証は許されるべきだとする(同書80頁及び84頁以下注25)。

(107) 昭和43年(あ)第602号同45年7月31日第二小法廷判決(仁保事件、刑集24巻8号597頁)も、「おのおの独立した事実であるから、必ずしも相互補完の関係には立たず、そのひとつひとつが確実でないかぎり、これを総合しても、有罪の判断の資料となしえないことはいうまでもない。」という。

(108) 例えば、「被告人は土地勘があった」という場合、土地勘があった者は無数におり、「白いセダンだった」という場合にも、白いセダンの所有者も無数にいる。「猫を飼っていた」、「幼女に興味があった」等も、捜査線上に浮かび上がらなかった中にも無数の候補者がいるのであり、これをいくら積み重ねても被告人と「直接」結びつくことはありえないのである。被告人は未だ、「矛盾しない」候補者の中から検察官によって連れて来られた一人に過ぎない。

化しているのが当たり前であるから、積極証拠が多くあることを理由にしてはならないこと）に目をつむることになるのであるから、正当である。

他方で、限定的再評価において明白性を求める態度は、いわば反対に請求人の側にそのような合理的な疑いを越える無罪証明を求めるものである。疑わしいときは被告人の利益が請求審にも妥当するとした白鳥決定が批判したのはこのような態度だったのである。むしろ合理的な疑いを越える有罪証明が常に、請求審においても求められるのは検察官の側である。請求人の側は、寄せ集められ、抱き合わせられた推認力の弱い間接事実の一部の「可能性」や「矛盾しないこと」について「疑い」を生ぜしめさえすればよい。そもそも抱き合わせの総合評価によって維持されているにとどまる有罪認定でしかないのであるから、新証拠による「疑い」を加えた全面的再評価によって容易に瓦解することもありうるものであり、これが瓦解しないことを再度証明するのは検察官の責任においてなされなければならないのである。確定判決全体を覆しうるようなアリバイやアナザー・ストーリーといった決定打を被告人に要求することは「疑わしいときは被告人の利益に」の大原則と相反しており<sup>(109)</sup>、その意味で白鳥決定にも、平成22年判決にも違反しているのである<sup>(110)</sup>。

### 3 私見

白鳥決定も示したように、刑訴法上の再審規定はいわば裁判の時間的な限界を超えて発見された新証拠による是正を正義に適う必要なものとして定め、確定判決の確定力を例外的に打ち破ることを認める規定である。この

(109) 豊崎七絵「間接事実の証明と総合評価——状況証拠による刑事事実認定論（1）——」法政研究76巻4号689頁も参照。

(110) このように刑訴法理論上不当な負担を課しているにとどまらず、弁護実務の現実においても全面可視化も全面的証拠開示も保障されておらず、その上で過重な負担を負わせられているのであるから、ほとんど不可能を強いられているときええ。これでは法理論的にも、現実的にも、適正な手続によらなければ刑罰を受けないという憲法上の権利が損なわれているというほかない。



意味で再審公判も再審請求審も上訴審ではなく、確定判決がいわば不完全な証拠群に基づいた瑕疵あるものであった可能性について吟味することが請求され、審理されるのであり、単に新証拠を確定判決を支える証拠群につき合わせて凌駕的であるかどうかを問題にするのではなく、当該新証拠が元々確定判決の証拠群の中に含まれていたならば、同じように合理的な疑いを超える程度の有罪の確証に到達していたのかどうか<sup>(111)</sup>を全面的に再評価するということになる。旧証拠に対する全面的再評価がなければ、そもそも新証拠が確定判決の中でどのように作用し、ひいては合理的な疑いを生ぜしめるものであるかどうかを判断しようがない。財田川決定の調査官解説が「仮りに原有罪認定の採証、認定事実それ自体に問題がある場合には、いわば弱い新証拠でも地震効は大きい場合もありうる」、「逆に、仮りに新証拠が孤立してみると強いものであっても、原有罪認定における証拠並びに証拠判断の合理性が厳として揺がないものであれば、相対的には弱いものとなるであろう場合も当然予想される。」としている<sup>(112)</sup>通りである。

三審制の中での確定判決という制度的なしばりの意義を強調すればこそ、限定的再評価のようないわば四審的、事後審的、心証引継的な請求審のあり方というのはおよそ考えられないのであり、新証拠を加えた状態での覆審的なあり方が再審請求審のあり方であろう<sup>(113)</sup>。証拠評価は本来は有

(111) 再審請求審であろうと、およそ刑事裁判において合理的な疑いを超える程度の証明責任を負い続けるのが常に検察官であることに何ら変わりはない。確定判決に結実し固定化されたその検察官の主張はなお請求審においても同様に合理的疑いを超えるに足るものでなければならぬことにより、疑わしきは被告人の利益にの原則は請求審において、またそこでの刑訴法435条6号の要件充足の判断においても、当然に及ぶものと考えなければならない。

(112) 磯辺衛「一 刑訴法四三五条六号にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』か否かの判断基準 二 刑訴法四三五条六号にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』の存否の判断に関し原審及び原原審に審理不尽の違法があるとされた事例」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和51年度』290頁以下。

(113) 適式な証拠調べを経ない一応の覆審による心証形成が確定判決におけるそれと比較され再審開始が決定されるとき、あたかも確定判決に対する是非が判断されるように思えるかもしれないが、再審開始決定は確定判決が判決時において誤った裁判をしていたものとするのではない点で事後審的ではない。



罪・無罪が未確定の状態で、積極・消極両方の証拠を総合評価するものである。再審請求審が事後審・第四審ではなく、また法規定上特段の証拠評価の枠組を持たない以上、そこでも実質上同様の評価枠組が本来妥当するものと考えなければならない。このとき、再審請求審は上訴審のように単に事実認定等の誤りを主張し争うというだけではなく、いってみれば全く新たな証拠構造が呈示され、前提とされるのであるから、無論利益再審的方向においてという限定の下で、いわば覆審のごとく、全面的な再評価を行うことが不可欠となる。

無論このとき、覆審的な全面的再評価までを請求審に許すのは過大ではないかとの疑問も生じうる。しかし確定判決の安定性に一定の意義を見出さざるをえないとすれば、再審公判でもう一度争わせるかどうかの前段階のハードルである請求審がいわば一段階的に一定程度実質化してしまうことにも理由がないわけではないように思える。ただそのハードルの高さについては、なお検討の余地があるように思われる。

435条は柱書で「再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これを行うことができる。」とし、同6号で「有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき。」として、再審請求の要件を定めている。

さらに、同447条1項は「再審の請求が理由のないときは、決定でこれを棄却しなければならない。」とし、逆に同448条1項は「再審の請求が理由のあるときは、再審開始の決定をしなければならない。」と定めている。

435条6号が定める再審請求の要件は、再審請求に理由があるかないか、つまりは再審開始に理由があるかないかを判断するための要件である。無罪であるかどうかを判断するのは再審公判である以上、あくまで再

審請求審の要件は再審請求に理由があるかどうかを判断するためのものである。

再審無罪を求めようとして再審請求を行う場合について、同号はいわば「無罪を言い渡すべき明らかな証拠をあらたに発見したとき」と定めているものといえる。

このうち、「無罪を言い渡すべき」というのは、白鳥決定を踏まえるならば「疑わしきは被告人の利益に」というのに足りるだけの、合理的な疑いを生ぜしめるに足りる証拠の発見があればよいことになる<sup>(114)</sup>。これがあれば、裁判をやり直すべきだということである。ここで「べき」というのは、「相当だ」ということであろう。「無罪を言い渡すのに相当」と考えられる証拠、つまりは確定判決を支えるのに欠かせない証拠に「置き換え可能」な性質を有している証拠であればよい<sup>(115)</sup>。いわば「代替相当性」を備えていればよい<sup>(116)</sup>。確定判決の証拠を覆すかどうかは再審公判で審理され

(114) 光藤景皎「再審の基本構造」法律雑誌26巻1号37頁以下参照。

(115) 置き換え可能とはもう少しいえば、質的な観点では消極方向において同一対象性を有し、量的な観点では確定判決における同一対象の証拠と比較して同程度の自然的関連性を備えていればよいことになる。

(116) 新証拠の置き換え可能性・代替相当性を判断するためには、新証拠の存在に即しての確定判決の証拠構造に対する全面的再評価が不可欠の前提となる。なぜなら確定判決の証拠構造は新証拠が未発見の状態でなされたものであるから、新証拠が確定判決の証拠構造全体に有機的関連性を持ち、証拠構造全体に影響を与える可能性がある以上、新証拠の置き換え可能性・代替相当性（これは場合によっては端的に付加可能性・付加相当性ともなろう）は限定的な一部分との対照によっては到底十分には評価されえないからである。

言い方を変えれば、手続き上の問題性はなかったにしても、結果的に見れば確定判決は本来吟味すべきであったかもしれない新証拠を知ることなく下されたという不完全性、不十全性を新証拠により指摘されるのである。比喩的にいえば欠缺の生じたままであったということを新証拠により突きつけられる形になる。そうである以上、新証拠の明白性・証拠価値だけを問えば足りるということはありません、他方で同時に新証拠を欠きながら下された確定判決の不十全さ・不十全さが問い直されなければならないのである。このように考えるときには、新証拠だけを限定的・孤立的に評価することが誤りであり、確定判決の証拠構造を問い直したうえでなければむしろ新証拠の証拠価値を正当に評価することができないということが明らかとなる。川崎・前掲5頁も「明白性の判断に際しては、まず確定判決それ自体のもと

るべき内容であって、新証拠は確定前に公判に現れていれば消極証拠として「無罪を言い渡すべき」機能を持ちえたことが明らかになれば足りる。新証拠に対する証拠法に即した吟味<sup>(117)</sup>は検察官にとっても不可欠であるところ、再審規定にはその用意がないのであるから<sup>(118)</sup>、「無罪を言い渡すべき」機能を「疑わしきは被告人の利益に」の程度において持ちえたことさえ認定すればよく、再審請求審にそれ以上の機能を持たせるとすれば、それは法に書かれてない機能を創設的に持たせているというほかない<sup>(119)</sup>。

---

もとの誤判性ないし脆弱性を検証することが不可欠であり、明白性の判断はこの誤判性ないし脆弱性を検証し確認することから出発しなければならない。確定判決の事実認定を支える証拠群の有機的連関の解明作業としての証拠構造分析と、この証拠構造分析を前提とした旧証拠の全面的再評価とは、確定判決の誤判性ないし脆弱性を検証・確認する作業にほかならない。そうであってこそ、明白性判断の最終段階に位置する新旧全証拠の総合評価は、確定判決の証拠構造に枠づけられた判断であり、かつまた証拠構造分析に基づく旧証拠の全面的再評価による誤判性ないし脆弱性の検証・確認を前提とした、確定判決の事実認定に対する合理的疑いの有無の判断であることが担保されるのである。」という。

(117) 確かに現状の再審請求審にかかる裁判実務にあって、詳細な証拠調べによる補充を試みる例もある。例えば、**日野町事件第二次再審請求審**（平成24年（た）第1号同30年7月11日大津地方裁判所決定、判例時報2389号38頁）が挙げられる。

(118) 証拠開示の手続が整備されていないにもかかわらず高度の証明力を要求するのであれば、そのような制度は端的に不可能を強いるものというほかない。鴨志田祐美「大崎事件——つづら折りの事件史あるいは奮闘記」法学セミナー686号43頁参照。その他、再審請求審における証拠開示の重要性について、秋元理匡「布川事件——雪冤にかけた44年」法学セミナー686号33頁、野条泰永「福井女子中学生殺人事件——逮捕から25年目の再審開始決定」法学セミナー686号36頁以下、神田安積「東電OL事件——再審開始・早期釈放の実現へ」法学セミナー686号40頁、宮村啓太「東京電力女性社員殺害事件 証拠開示をめぐる経過」季刊刑事弁護74号94頁以下、鴨志田祐美「大崎事件 裁判所の『裁量』と『再審の格差』問題」季刊刑事弁護74号105頁以下参照。

再審請求は冤罪を問うものであるから、裁判員裁判におけるのと同様に早期解決を図るものでなければならない。そのためには証拠開示が不可欠な前提となることも裁判員裁判と同様である。小川秀世「袴田事件 再審請求事件における証拠開示」季刊刑事弁護74号97頁が「これらは、検察官が、意図的に公判に提出しなかった証拠なのだから、考えてみれば当然であるが、開示証拠は、弁護側にとって、有利なものばかりであった。」としているのは非常に示唆的である。

(119) 新証拠によって弾劾された旧証拠がなくても確定判決の結論が維持されるかどうかという新たな心証形成を行うことは、もはや請求審が望んでも許されない証拠法違反の態度というほかなかろう。

つまり関連性の程度としては、それがあれば証拠構造に変化を来したと考えられるものであれば足りる。実際にどのような評価の変更を生ぜしめるものであるか否かは、適式な証拠調べの手続により再審公判を経て判断されなければならない。だからこそ請求審の手続は簡素化されているのであり、またそう考えるのでなければ適正手続の保障(憲法31条)を欠いていることが正当化されえない。請求審による先取りは憲法37条2項違反である。

そしてまた、重要と思われる点として、同号はいわば「無罪を言い渡すべき明らかな証拠をあらたに発見したとき」と定めているのであって、決して「無罪を言い渡すべきことが明らかな証拠をあらたに発見したとき」とは定めていないことに注意が必要である。もし従来のように明白性に高いハードルを求めるならば、その規定はどうしても「無罪を言い渡すべきことが明らかな」と当然なっていよう。しかしそのようにはなっていない。むしろ、「無罪を言い渡すべき」「明らかな証拠」を求めているにすぎない<sup>(120)</sup>。これと同種の理解はすでに示されている<sup>(121)</sup>ところであるが、私見では確定判決の安定性に鑑みるとときには曖昧な証拠では足りず確固として成立しているという意味において「明らかな証拠」が示されるのであれば、当然再審請求・再審開始に理由があるとは認められないことを規定しているものと解するのが自然であろうと思われる<sup>(122)</sup>。この意味では同

(120) 旧刑訴法485条6号は「……認むべき明確なる証拠を」と規定していた。現行の「明らかな」は「認めるべき」と結びつきやすいともいえようが、「明確なる」はむしろやはり「証拠」との結びつきがよりはっきりしているように思われる。

(121) 中川孝博「再審理論の再検討」法律時報75巻11号22頁、特に27頁以下。

(122) 旧刑訴法485条6号はまさに「明確なる証拠」としていたのであるから、現行法の「明らかな」を安易に「明白性」と呼ぶのは恣意的ですらある。この点について、**金森事件再審開始決定**(昭和42年(お)第1号同44年6月28日大阪高等裁判所決定、高刑集22巻3号423頁)は、『「明確ナル証拠」とは、再審制度が、一旦確定判決があつたのちにおいて、実体的真実のために法的安定性を犠牲にする非常救済のための手続であるから、確定判決の基礎となつた事実認定に影響を及ぼすことが明らかな程度に、証明力が高度なものでなければならないものと解すべきである(大審院大

号の「明らかな」という要件は「明白性」というよりも「個別具体性」と捉えるべきであり、個別具体的である<sup>(123)</sup>という意味において「明らかな」

正13年9月6日決定、刑集3巻663頁参照。)というが、その大正13年(つ)第4号同13年9月6日大審院決定(大刑集3巻663頁)は、「有罪の言渡を受けた者無罪と為るへき明確なる証拠を新に発見したときは再審開始の原由と為し得べきこと刑事訴訟法第485条第6号の明規する所にして同法上に於て其の新証拠の性質種類に関し何等制限を付せざるに由りて之を觀れば苟も其の証拠にして確定判決の基礎と為りたる事実の認定に影響を及ぼすべきものなる以上は再審の原由あるものと解するを正当なりとす」と判示していた。つまり、大審院決定は「苟も其の証拠にして確定判決の基礎と為りたる事実の認定に影響を及ぼすべきものなる以上は再審の原由あるものと解するを正当なりとす」と、「苟も……影響を及ぼすべきものなる以上は」という、むしろ最低限の証明力で足りるような言い回しをしているのである。金森事件再審開始決定の大阪高裁は「確定判決の基礎となつた事実認定に影響を及ぼすことが明らかな程度」について、「実体的真実のために法的安定性を犠牲にする非常救済のための手続であるから……証明力が高度なものでなければならぬものと解すべきである」としているが、明らかに大審院決定が判示した「確定判決の基礎と為りたる事実の認定に影響を及ぼすべき」の趣旨を取り違えている。そして、このような態度は例えば同時期の、白鳥・財田川決定以前の梅田事件第一次再審請求審の抗告審である昭和39年(く)第11号同43年6月15日札幌高等裁判所決定(判例タイムズ224号208頁)においても認められる。即ち「いわゆる新規性ありと認められるもの(若干の疑わしいものも含め)を全部総合し原記録と対照してみても、原裁判所において知られていた積極消極の証拠(事実)関係に大きく影響し、その結果原裁判所の有罪認定が決定的に覆えつて、請求人に無罪を言い渡すべき高い蓋然性があるとは認めることができない。」と。その他、例えば徳本事件再審請求審の昭和39年(た)第2号同42年4月14日神戸地方裁判所決定(下刑集9巻4号525頁)も参照。

- (123) この種の意味での具体性というものについては、例えば平成19年(あ)第398号同平成19年10月16日最高裁判所第一小法廷決定(刑集61巻7号677頁)は、「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要である。ここに合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは、反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。」とし、また平成23年(あ)第757号同24年2月13日最高裁判所第一小法廷判決(チョコレート缶事件、刑事判例集66巻4号482頁)は、「刑訴法382条の事実誤認とは、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることというものと解するのが相当である。したがって、控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである。」としている。

証拠であれば足りる<sup>(124)</sup>。ただし、それは無論「個別具体的」であるだけでは足りず、確定判決を支える証拠と置き換え可能な性質のものであること(代替相当であること)、そして「あらたに」発見されたこと(新規性)も要する。「無罪を言い渡すべき」「明らかな」証拠を「あらたに」発見したとき、再審請求の三つの要件が満たされるから、再審請求・再審開始には理由がある、ということになる。

また、このことは同号の規定の形式からも導かれるように思われる。即ち、同号は正確には「有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき」と並列させていることから、無罪や刑の減輕それぞれに見合う程度に明らかというように程度に関する考慮を含めていると解するのはやや不自然で技巧的である。むしろ自然な理解としては、同条柱書が「再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これを行うことができる。」と利益再審のみを認めたことを受ける形で、「有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これを行うことができる」場合がどのような場合であるかを具体的に明確にする意図で、「有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき」個別具体的の意味で明らかな証拠をあらたに発見したとき、と規定したものと解することができる。この方がむしろ無理のない、素直な理解であろう。

結局、同号においては、消極証拠という意味での「無罪を言い渡すべき」証拠が、「明らかな」つまり個別具体的に存在していたにもかかわらず、あえて顕在化させなかったものを、確定した裁判を蒸し返す形で持ち出す

---

(124) ファルサ型における虚偽証拠についても、その確定性は求められていても、有罪認定に及ばず波及的効果の高度さは求められていないことに注意すべきである。



ことを禁じるために「あらたに発見」されたことが必要とされているというだけである。

確定力や法的安定性にとっては、濫訴ともいうべきごく些末な証拠であつたり、個別具体的でなく「明らか」とはいいがたい曖昧模糊とした証拠の主張であつたりする場合を別論とすれば足りる<sup>(125)</sup>。なぜなら、確定判決は本来評価の対象とすべきであつた新証拠を欠いてなされた実質上不完全な<sup>(126)</sup>判断だったのであるからその維持の利益は大きくはなく、しかも再審開始によって真実の発見と被告人の権利保障という刑事裁判の二大目的が共に充足されるからである。確定力や法的安定性もまた、両目的に資するがゆえに、その限りにおいて保障されるものでしかないはずである<sup>(127)</sup>。まして、いくら当事者主義構造にあるとはいっても、被告人が本来顕出されるべき自己に有利な証拠を欠いた裁判に晒されることになったことについてはいわばファルサ<sup>(128)</sup>的な側面も指摘しうるのである以上、新証拠の

---

(125) 福井・前掲38頁も、再審請求は「裁判所のむだな労力の回避」という政策的考慮から抑制されうるにすぎないといい、また「証拠の明白性は、再審の濫請求の防止という政策的・技術的考慮から要求されたものであり、本来、『明らかに』再審の必要のない請求を排除する機能を果たすにすぎないのである」という。また、光藤景皎「再審証拠法 再審理由としての証拠の新規性と明白性」法律雑誌37巻6号25頁も「証拠の明白性を再審請求事由に要求したのは、確定した判決があるのにそれをむやみに破って審理がくり返されることを防止するという再審請求の乱用の防止という政策的理由にもとづくものである。」とする。小田中聰樹「再審と人権——白鳥事件最高裁第一小法廷昭和五〇・五・二〇決定を中心に」法学セミナー246号25頁も「再審を誤判＝無辜の処罰の救済の制度と考える立場にたてば、明白性は裁判所の無駄な労力の回避の観点で、新規性は三審制度の健全な運用という観点でそれぞれ把握されるべきものであって、誤判救済の大目的にそい、公正な裁判を受ける権利を適正に保護するものでなければならないことになる。」とする。

(126) 無論このことの全てが裁判所や裁判官の限界によるわけではなく、裁判という制度自体の限界による部分も少なくはない。

(127) 田宮裕「再審を考える——白鳥事件、金森事件を契機に」ジュリスト432号120頁も、再審は「あくなき真実（具体的正義）追求のための制度ではなく、単純に無辜を救済する制度であつて、それならば裁判の権威ないし法的安定性との優劣ははじめから明瞭なのである。」という。

(128) 再審理由におけるノヴァ型、ファルサ型について、田宮裕「刑事再審制度の考察——再審理由の理論的検討——」立教法学13号77頁以下参照。



発見・顕在化による再審開始は真実の発見にもまさに資するものといえる。

#### 4 結語

再審請求審の後には再審公判が用意されている。従って再審請求審は再審公判を受ける権利を保護するものである<sup>(129)</sup>。無罪の権利を与えるものではない<sup>(130)</sup>のであり、再審公判において再び有罪とされることも当然ありうる<sup>(131)</sup>。再審請求審は請求人に再審公判を受ける権利があると知ったときは再審開始を認めなければならず、それは請求人が結局なおも有罪だという心証を抱いたときでさえ、再度本来の適式な公判に臨みうる請求人の権利を確保するために請求を認め、再審開始を決定しなければならないのである。請求人はいわば不十分な捜査によって、不十分な証拠に基づいて有罪の裁判を受けた可能性があったのであり、証拠の補完により十分な証拠に基づく裁判を受ける地位が回復されうるのであるから再審が開始されるのである。十分な証拠に基づく裁判を受ける地位は、憲法37条1項の定める「公平な裁判所」の裁判を受ける権利に由来する。また不十分な請求

---

(129) 米谷事件の再審公判である昭和42年（た）第1号同53年7月31日青森地方裁判所判決（判例時報905号15頁）も、「なお、弁護人は、右問題点の判断については、再審開始決定の効力に拘束され、新たな証拠（再審開始決定の基礎となった証拠と実質的証拠価値を異にする新証拠の意味と解される）が提出されないかぎり右決定どおりの事実認定をなすべきである旨主張するのであるが、右決定の効力は単に再審公判を開始すべきか否かに関するものにすぎず、再審公判における事実認定についてはなんら拘束力を有するものではなく、右の点は同公判裁判所の自由心証に委ねられるところであるから、右主張は採用できない。」という。

(130) あるいは無罪となっても、併合罪中の他の犯罪により再審公判において改めて同等の刑を科されることもある。例えば、滝事件再審公判（昭和49年（た）第2号同56年3月27日東京地方裁判所判決、刑裁月報13巻3号242頁）の例がある。

(131) 松宮孝明「ノヴァ型再審における請求審の構造について（二）完」南山法学13巻4号56頁も、「請求審は、このような公判を再開するだけの価値があるかどうかを審査する、本来、予備的な手続である。それは、決して、百パーセント成功（無罪などの利益な変更）する可能性のある請求だけを認めるものではない。」「再審公判の結果原判決が『維持』されるような請求があっても、それは決して再審制度の趣旨を没却するものではない。」とする。

審の手続によって本来再審公判で受けるべき審理を奪われることは、同2項が求める「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を十分に与へられ」る権利をも奪い去ることになろう<sup>(132)</sup>。

とはいえ、再審請求が認められるための証拠は裁判所にとって「あらたに発見」された証拠なのだから、再審請求審による再審開始決定が、「あらたに発見」された証拠を知らなかった確定判決を弾劾するものとする理屈は法的には成立しない。あくまで再審の開始は「あらたに発見」された証拠を含む証拠群を基礎として再審公判をリセットするという創設的な役割を担うものであり、回顧的なそれではない。

そのためにはまず、確定判決の全面的な再評価が必要である<sup>(133)</sup>。立証命題に直接関係する旧証拠のみと対照すべきとする限定的再評価は、当該旧

---

(132) 松宮孝明「再審請求審における総合評価の意味——尾田事件再審特別抗告審決定の批判的検討」季刊刑事弁護23号20頁以下もすでに、「問題は、再審請求審で『直接主義』『口頭主義』や『証人審問権』（憲法三七条二項）を保障して証拠調べをさせることなく、むしろ、まさにこれらの証拠法則や被告人の権利が保障されていない請求審段階で『事実認定』を行うことにある。」(22頁)という。

(133) そして十分な全面的再評価のためには、再審請求審における十分な証拠開示が必要である。重大犯罪について証拠開示が標準化してきている現在において、適正な手続（憲法31条）が保障されているというためには、十分な証拠開示を経ずに公判に晒された請求人に対して、裁判員裁判対象事件の第一審と実質的に同程度の証拠開示が保障されなければならない。請求審自体が現在の時点で行われている以上、現時点で当然保障される程度の手続的保障が確保されなければならない。これは法改正を経るまでもなく、訴訟指揮権に基づく個別の証拠開示命令によって実質的に保障されうる。昭和43年（し）第68号同44年4月25日最高裁判所第二小法廷（特別抗告審）決定（刑集23巻4号248頁）のいう、「裁判所は、その訴訟上の地位に堪がみ、法規の明文ないし訴訟の基本構造に違背しないかぎり、適切な裁量により公正な訴訟指揮を行ない、訴訟の合目的的進行をはかるべき権限と職責を有するものであるから、本件のように証拠調の段階に入つた後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられたい旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防禦のため特に重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるときは、その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができるものと解すべきである。」との趣旨は、再審請求審にも妥当しよう。

証拠が確定判決における立証命題以外と関わる証拠群とも固く結合した状態で把握されることを看過している。旧証拠はもはや確定判決の一部として把握されるため、始めから新証拠よりもはるかに確定判決と親和的な状態にあり、新証拠による影響を受けにくく、動揺されにくい。つまり、新証拠との比較において、この結合状態が不当に旧証拠の信用性を高めているのである。これでは旧証拠の信用性と新証拠の信用性とを正當に比較対照することはできない。従って、このような旧証拠の結合状態を解消するためには、いったん確定判決が結合状態を帯びる以前の状態に立ち戻ることが不可欠であり、そこから再度旧証拠群を全面的に評価し直していくことが必要となるのである<sup>(134)</sup>。つまり、全面的再評価の本旨は、再審請求審の予断排除にある。

その上で、明白性要件の要求水準を「個別具体性」という程度において捉えることで正常化させることにより、新証拠が確定審において顕出していたならば、証拠構造の把握において些末とはいえない程度の影響を加えていたと考えられるという意味で、真剣に取り上げるに足る程度の内容を含んでいるときには、再審請求審においてではなく再審公判においても一度審理をやり直すことこそが、刑事裁判そのものへの信頼を得るために是非とも必要である。

(本学法学部教授)

---

(134) 少し言い方を変えれば、当該旧証拠が確定前は51%の信用性しか持ちえていなかったにもかかわらず、確定判決となったという事実によって他の全証拠とも固く結合し、まるでその信用性までが100%に達したかのように認識されてしまう。あるいはそのように認識すべきという意識が、確定力を強調する立場においてこそ生じる。しかし判決が確定しようと、当該旧証拠の信用性自体は51%のままである。全面的再評価がなされなければ、なぜ当該旧証拠の信用性が51%にとどまるものであったのかの内実も明らかにはなりえないし、そもそも100%ではなく51%の信用性であることすら看過されかねない。全面的再評価を経て初めて旧証拠の裸の信用性が明らかとなる。その上で新証拠の信用性と比較するのでなければならない。確定判決は確かに上訴審の審理をも経たものであるが、それもまた新証拠のない状態で積み重ねられたものに過ぎないし、まして当該旧証拠の信用性が争点化され繰り返し吟味されたとも必ずしもいえないのである。